

كتاب التيمم

منها

التي هي في أصول الفقه

للشيخ الذي ذكره في كتابه

الشيخ محمد بن أبي بكر بن محمد بن أبي بكر

بن محمد بن أبي بكر

بن محمد بن أبي بكر

بن محمد بن أبي بكر

بن محمد بن أبي بكر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيع

كاتب:

آيت الله على حسينى ميلانى

نشرت فى الطباعة:

مركز الحقايق الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	كتاب البيع المجلد ٢
١٢	اشاره
١٣	اشاره
٢١	مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع
٢١	اشاره
٢٣	فى كفايه الإشاره من الأخرس
٢٤	بحث مع المحقق الإيروانى
٣٧	هل تكفى الكتابه عن الإشاره؟
٣٩	هل يقع العقد باللفظ الكنائى؟
٤٣	التظر فى أدله القول بالمنع
٤٧	الأقوال فى ألفاظ العقد من حيث الكنايه والمجاز والاشتراك
٤٩	المختار فى المسأله
٥٠	نقد الأقوال الاخرى
٥٦	تفصيل الميرزا النائينى
٥٨	الجواب عنه
٦٦	فى ألفاظ الإيجاب والقبول
٦٦	منها: لفظ «بعت»
٧٠	منها: لفظ «شريت»
٧٢	منها: لفظ «ملكت»
٧٦	الكلام فى لفظ «اشتريت»
٧٨	القبول بلفظ «قبلت» ونحوه
٧٩	الكلام فى القبول بلفظ «أمضيت» ونحوه
٨١	فرع

٨٤	مسأله اعتبار العربيه
٨٤	اشاره
٨٤	النظر في أدله اعتبار العربيه
٨٨	هل يعتبر عدم اللحن من حيث الماده والهيئه؟
٨٩	هل يعتبر عربيه جميع أجزاء الإيجاب والقبول؟
٩٠	هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ؟
٩٢	مسأله اعتبار الماضويه
٩٢	اشاره
٩٦	دليل القول بعدم الاعتبار
٩٩	مسأله لزوم تقديم الإيجاب على القبول
٩٩	اشاره
٩٩	دليل القول بلزوم التقديم
١٠١	دليل القول بعدم اللزوم
١٠٢	التفصيل بين ألفاظ القبول
١٠٧	بحث مع المحقق النائيني
١١٠	المختار في المقام
١١٠	الكلام في تقدم القبول بلفظ الأمر
١١٣	الكلام في تقدم القبول بلفظ اشترت ونحوه
١١٨	حكم تقدم القبول في العقود الاخرى
١٢٤	مسأله الموالاته بين الإيجاب والقبول
١٢٤	اشاره
١٢٨	رأى المحقق النائيني
١٢٨	اشاره
١٣١	النظر فيه
١٣٢	رأى المحقق الإيرواني والنظر فيه
١٣٥	رأى المحقق الإصفهاني

- ١٣٧ مسألة التنجيز في العقد
- ١٣٧ اشاره
- ١٣٩ أدله اعتبار التنجيز
- ١٣٩ اشاره
- ١٣٩ وأما الكلام في وجه الإشتراط.
- ١٣٩ اشاره
- ١٣٩ الأول: قولهم: لا يعقل التعليق في الإنشاء.
- ١٤١ الثاني: الإجماع على التنجيز.
- ١٤٢ الثالث: إنَّ العقد المتضمن للتعليق غير مضمولٍ لآيه الوفاء.
- ١٤٤ الرابع: إنَّ الإنشاءات مبتنيه على الجدِّ والجزم
- ١٤٥ الخامس: إنَّ التعليق عباره عن التقييد.
- ١٤٦ السادس: ما ذكره الميرزا الاستاذ قدس سرّه من أن التعليق
- ١٥١ مسألة التطابق بين الإيجاب والقبول
- ١٦١ مسألة وقوع كلِّ من الإيجاب والقبول في حالٍ يجوز لكلِّ منهما الإنشاء
- ١٦١ اشاره
- ١٦٧ تحقيق المقام
- ١٧١ فرعُ حكم ما لو اختلف المتعاقدان في شروط الصيغه
- ١٧١ اشاره
- ١٧٢ والمسألة محزره في الاصول.
- ١٧٨ تحقيق المقام
- ١٨٥ أحكام المقبوض بالعقد الفاسد
- ١٨٥ اشاره
- ١٨٥ الحكم الأول: عدم المملوكية.
- ١٨٦ الحكم الثاني: عدم جواز التصرف فيه.
- ١٨٦ الحكم الثالث كونه مضموناً.
- ١٨٧ أدله ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد

- ١٨٧ اشارة
- ١٨٧ الدليل الأول: الحديث النبوي المشهور
- ١٨٧ اشارة
- ١٨٧ الكلام في سند: على اليد ما أخذت.
- ١٨٨ الكلام في دلالة على اليد....
- ١٩٢ الدليل الثاني: الأخبار الواردة في الأمة المسروقة.
- ١٩٩ الدليل الثالث من أدلّه الضمان:
- ١٩٩ قاعده
- ١٩٩ اشارة
- ٢٠٢ المراد بالعقد في هذه القاعده
- ٢٠٣ المراد بالضمان
- ٢٠٨ بيان عموم القاعده
- ٢١٢ معنى «الباء» في القاعده
- ٢١٤ الكلام في مدرك القاعده
- ٢١٤ اشارة
- ٢١٥ ١ - الإجماع
- ٢١٥ ٢ - قاعده الإقدام
- ٢١٩ ٣ - قاعده اليد
- ٢٢٠ ٤ - قاعده السلطنة
- ٢٢٣ ٥ - قاعده الاحترام
- ٢٢٥ ٦ - لا يحلّ مال امرئ... ..
- ٢٢٧ ٧ - لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ
- ٢٢٩ ٨ - قاعده لا ضرر
- ٢٣٢ الكلام في الأعمال التي لا يرجع نفعها إلى الضمان
- ٢٣٤ هل يفرق في الضمان بين علم الدافع وجهله؟
- ٢٣٤ الكلام في عكس القاعده

- ٢٣٧ الخلف في ضمان العين المستأجره
- ٢٤٣ من موارد الإشكال في أطراد القاعده
- ٢٤٣ اشاره
- ٢٤٤ ١ - الصيد الذي استعاره المُحرم
- ٢٤٦ جهات البحث في المسأله
- ٢٥١ ٢ - المنافع غير المستوفاه في البيع الفاسد
- ٢٥٤ تحقيق المقام
- ٢٥٥ ٣ - حمل المبيع فاسداً
- ٢٥٧ ٤ - الشركه الفاسده
- ٢٥٨ وتحقيق المقام أن يقال:
- ٢٥٨ في مبنى القضيه السالبه في القاعده
- ٢٦٤ الرابع (١) من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد:
- ٢٦٤ وجوب رده فوراً إلى المالك
- ٢٦٦ هل يصدق «لتصرف» على «الإسك»
- ٢٦٦ هل يحرم الإسك بعد القبض
- ٢٦٨ هل يلزم فساد البيع لعدم الإذن بالتصرف؟
- ٢٧١ هل يجب ردّ المقبوض إلى مالكة
- ٢٧٥ على من تكون مؤونه الردّ؟
- ٢٧٨ التحقيق في المقام
- ٢٧٩ تنبيه
- ٢٨١ الخامس (١) من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد
- ٢٨١ حكم المنافع المستوفاه
- ٢٨٢ في معنى الحديث: الخراج بالضمان
- ٢٨٥ تفسير المشهور هو الصحيح
- ٢٨٨ الكلام على قول ابن حمزه
- ٢٨٩ دليل المشهور

- ٢٩٤ حكم المنافع الفائته بغير استيفاء
- ٢٩٥ أدله الضمان
- ٣٠٤ أدله عدم الضمان
- ٣٠٥ المختار في المقام
- ٣٠٨ السادس (١) فيما لو كان التالف مثلياً
- ٣٠٨ اشاره
- ٣٠٩ لا تعرض في نصوص الضمان المثل
- ٣١١ تعريف المثلى
- ٣١٢ التحقيق في المقام
- ٣١٦ رأى المحقق النائيني
- ٣١٨ في مقتضى الأصل إذا شك في المثليه والقيمه
- ٣٢٠ القول بتخيير الضامن
- ٣٢٦ القول بتخيير المالك
- ٣٢٨ القول بضمان المثل
- ٣٣١ القول بضمان قيمه
- ٣٣٢ القول بالقرعه
- ٣٣٤ القول المختار
- ٣٣٤ عوداً إلى كلمات الشيخ
- ٣٣٦ الاستدلال لضمان المثلى بالمثل والقيمه بأيه الاعتداء
- ٣٣٧ المناقشات في دلالتها
- ٣٤٢ حاصل الكلام في المقام
- ٣٤٦ الاستدلال بالنصوص
- ٣٥٢ السابع (١) حكم ما لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمنه
- ٣٥٢ اشاره
- ٣٥٢ ١ - كثره الثمن بسبب زياده قيمه السوقيه
- ٣٥٤ ٢ - كثره الثمن بسبب عدم وجدانه إلتاعند من يعطيه بالأزيد

- ٣٥٤ اشاره
- ٣٥٥ النظر في كلام الشيخ في الصورتين
- ٣٦٠ تحقيق المقام
- ٣٦٢ حكم ما لو سقط المثل عن المائيه في زمن الدفع
- ٣٦٣ حكم مطالبه المالك بالمثل في بلد التلف وغيره
- ٣٦٥ الثامن (١) أحكام تعذر المثل في المثلى
- ٣٦٥ اشاره
- ٣٦٥ حكم دفع قيمه مع المطالبه
- ٣٦٩ حكم دفع قيمه مع عدم المطالبه
- ٣٧١ قيمه أتي يوم يدفع؟
- ٣٧٦ في المراد من التعذر وإعواز المثل
- ٣٧٩ هل الاعتبار بقيمه بلد المطالبه أو التلف أو الأعلى منهما؟
- ٣٨١ حكم ما لو سقط المثل عن المائيه
- ٣٨٦ فرع
- ٣٨٨ تعريف مركز

سرشناسه : حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان قراردادی : کتاب البیع .شرح

عنوان و نام پدیدآور : کتاب البیع: من ابحاث الفقیه المحقق العظیم والاصولی الفذالمرجع الدینی الکبیر و آیه الله العظمی السید محمدهادی الحسینی میلانی / تقریر و شرح علی الحسینی میلانی.

مشخصات نشر : قم : مرکز الحقائق الاسلامیه □ ۱۴ق. = ۱۳ -

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : ج. ۲. ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۲۹-۳ ؛ ؛ ۱۰۵۰۰۰ ریال: ج. ۳. ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۲-۹ ؛ ؛ ۱۱۵۰۰۰ ریال: ج. ۴. ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۶-۷ :

وضعیت فهرست نویسی : فیبا

یادداشت : عربی.

یادداشت : فهرستنویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت : ج. ۲. (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت : ج. ۳- ۴ (چاپ اول: ۱۳۹۲).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

شناسه افزوده : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع . شرح

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/م۹ک۲۰۲۱۸ ۱۳۰۰ی

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۹۳۴۲۵۸

ص : ۱

اشاره

الحمد لله رب العالمين، والصّلاه والسّلام على سيّدنا محمّد وآله الطّاهرين، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين، من الأوّلين
والآخريين.

وبعد

فهذا هو الجزء الثّاني من (كتاب البيع) من أبحاث السيّد الجدّ الفقيه المحقّق والاصولي البارع آيه الله العظمى السيّد محمّد هادي
الميلاني طاب ثراه، من «مقدمه في ألفاظ عقد البيع» إلى آخر الأمر السادس من الامور المترتبه على المأخوذ بالعقد الفاسد.

نقدّمه إلى العلماء الأجلّاء والفضلاء الكرام في الحوزات العلميّه، ونسأل الله التوفيق لإتمامه بعونه وكرمه.

قم - الحوزه العلميه على الحسيني الميلاني

ص: ٦

بعد أن فرغ الشيخ من بحث المعاطاه - أي البيع الفعلي - وأحكامها وتنبهاتها الثمانية، شرع في أحكام البيع اللفظي، وقبل الدخول في ذلك، ذكر مقدمه بين فيها اللفظ المعبر في البيع اللفظي والأحكام المتعلقة به، فقال رحمه الله:

مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود، مما نقل عليه الإجماع، وتحقق فيه الشهره العظيمه، مع الإشاره إليه في بعض النصوص.

أقول:

إن المعامله الفعلية - أي المعاطاه بقصد التمليك والتملك - يصدق عليها عنوان «البيع» على وجه الحقيقه عند العقلاء، وتعمه العمومات والإطلاقات في الكتاب والسنة، فهي بيع حقيقه عرفاً وشرعاً. وأما قول صاحب الجواهر رحمه الله (1) بأنهما يقصدان الإباحه فهي تفيد الإباحه لا الملكيه، فقد تقدم الكلام عليه بالتفصيل.

وعليه، فما نسب إلى المشهور من أن المعاطاه - وإن كانت بيعاً عقلاً -

ص: ٩

ليست بيع شرعاً، وأنَّ اللَّفْظَ معتبر في تحقق حقيقته البيع وأنها متقوّمه باللَّفْظِ، فلا يمكن المساعدة عليه، بل إنّ المعاطاه كما أنها بيع عقلاءً كذلك هي بيع شرعاً ونافذ ومؤثر أثره(١).

نعم، يمكن دعوى أنّ المعاطاه وإنْ كانت مفيدةً للملك لكنها فعلٌ، والفعل قاصرٌ عن الدلالة على اللّزوم، بخلاف اللَّفْظِ.

وتوضيح ذلك: إنّ البيع باللَّفْظِ وبالمعاطاه يشتركان في إفاده الملك، غير أنّ الأوّل يدلُّ على إيجاد الملكيه بالمطابقه والثاني بمعونه القرائن، وكذا في الالتزام بمضمون المعامله، لأنّ ظاهر حال كلّ من يعدّ وعداً أو يتعهّد

بعهدٍ أو يعامل معاملةً هو الالتزام والبقاء على ما وعد أو تعهد، سواء كان ذلك باللفظ أو الفعل، إلّا أنهما يفترقان في جهةٍ واحده فقط، وهي أنه إذا كان البيع أو الوعد والعهد باللفظ، كان مقتضى إطلاقه هو الدوام والاستمرار إلى الأبد، إلّا أن يقيد به بأمدٍ معيّن أو يشترط شرطاً يستتبع الخيار، ولذا نقول: ليس له أن يفسخ، والمعامله لازمه، فالإطلاق اللفظي محكم والظهور الإطلاقي حجه عليه، بخلاف الفعل، فإنّه مجملٌ ولا- إطلاق له، لذا يقال: أعطى فندم فردّ، وهذا معنى قولنا أنّ الفعل لا لسان له وقاصرٌ عن الدلاله، ونتيجه ذلك: أن الملكيه الحاصله بالمعاطاه جائزه لا- لازمه، وحينئذ، لا- حاجه للقول بدلاله المعاطاه على الملكيه المترزله الجائزه، إلى الاستدلال بالشهره المحققه(١).

في كفايه الإشاره من الأخرس

قال الشيخ:

لكنّ هذا يختصّ بصوره قدره، أمّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم

ص: ١١

القدره على التوكيل... وكذا مع القدره على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه... بل لفحوى ما ورد... .

أقول:

لا إشكال ولا خلاف في كفايه الإشاره من الأخرس، فإنها مفيده للمعنى كما يفيده اللفظ.

إنما الكلام في كفايتها مع التمكّن من التوكيل، لكونه قادراً على التلفّظ بالتسبب.

قال الشيخ بكفايه الإشاره منه مطلقاً، مستدلاً بفحوى الصحيحه الدالّه على ذلك في الطلاق (١)، فكما تكون إشارته مؤثّره في الإيقاعات كذلك في العقود، وحمل النصّ على مورد عدم التمكّن من التوكيل، حملٌ للمطلق على الفرد النادر.

وأما الاستدلال لعدم اشتراط العجز عن التوكيل بالأصل، أى أصالة عدم الوجوب، فقد أجاب عنه الشيخ: بأنّ الأصل هو الوجوب، للشكّ في تأثير الإشاره مع التمكّن من التوكيل. وبعبارة اخرى: نشكّ في أن إشارته علّه تامه للأثر أو أنها بقيد العجز عن التوكيل مؤثّره، والقدر المتيقّن هو الثانى، ومؤثريتها مع التمكّن منه مشكوك فيه، والأصل عدم التأثير.

بحث مع المحقق الإيروانى

فقال المحقق الإيروانى:

«لا مانع من هذه الأصالة بناءً على جريان البراءة فى الأحكام الوضعيّة،

ص: ١٢

١-١) وسائل الشيعه ٢٢ / ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الرّقم: ١

كما يظهر من استدلال الإمام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه، فينفى بأصالة عدم الوجوب وجوب كل خصوصيه شك فيها، بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب وعدم كونها من أجزاء السبب، ولا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقّق النقل والانتقال، لأنّ هذا في مرتبه السبب وذاك في مرتبه المسبب، والاستصحاب إنما يقدّم على أصالة البراءه حيث يكونان في مرتبه واحده» (١).

وفيه:

إن الشرطيّه غير قابله للوضع حتى تكون قابله للرفع، وكلّما لا يقبل الوضع لا يقبل الرفع، فالشرطيّه هذه وهى فى مقام السبب نظير الشرطيّه فى مقام المسبّب، فكما أن الثانيه من الامور الانتزاعيه التكوينيّه المحضه، ولا تقبل الجعل لا بالأصالة ولا بالتبع - كما قرّرنا فى الاصول، خلافاً للمحقّق الخراسانى حيث قال بأن الشرطيّه فى المأمور به مجعوله بالتبع (٢) - كذلك فى الأولي، فالشرطيّه فى مقام السبب - وكذا المانعيّه - لا تقبل الوضع والجعل مطلقاً. وعليه، فإنّ شرطيّه العجز عن التوكيل لئلا تكن قابله للجعل فهى غير قابله للرفع. فالقول بعدم الوجوب - استناداً إلى العمومات والإطلاقات وأصالة عدم التقييد والتخصيص - متين جداً.

وبعبارة أخرى: فإنّ العمومات كقوله تعالى «أحلّ الله البيع» (٣) ونحوه صادقه على بيع الأخرس بالإشاره، ولو وقع الشكّ فى تأثيرها حتى مع

ص: ١٣

١-١ (١) حاشيه المكاسب: ٨٩

٢-٢ (٢) كفايه الاصول: ٤٠٤

٣-٣ (٣) سوره البقره: ٢٧٥

التمكن من التوكيل، كان مقتضى النصوص المشار إليها هو التأثير، والأصل عدم تقييدها بصورة العجز عنه.

فإن كان المراد من الأصل فى قوله: «الأصل عدم الوجوب» هو الأصل اللفظى كما ذكرنا، فهو، وإن كان المراد أصاله البراءه عن الشرطيه لحديث الرّفْع (1)، فهو غير صحيح، لأنّ الشرطيه من الامور الانتزاعيه التكوينيّه غير القابله للجعل، فلا تقبل الرّفْع.

قال الشيخ: الشهره العظيمه قائمه على اعتبار اللفظ فى حقيقه البيع.

وقد تقدّم الإشكال فيه، لأنّ أهل العرف يرون المعاطاه بقصد التمليك بيعاً بالحمل الشائع، وأما شرعاً، فلا دليل على اعتبار اللفظ، بل مقتضى الإطلاقات والعمومات - كتاباً وسنّه - عدم اعتباره فى حقيقه البيع، فما هو بيع عند العقلاء بيع عند الشارع.

نعم، يمكن اعتباره فى مرحله اللزوم، وأن الفاقد للفظ لا يكون لازماً على ما تقدّم، وذلك، لأنه لا معنى للزوم الذاتى لعقد من العقود ولا يصح القول به أبداً إلامجازاً، وإنما يأتى اللزوم فى مقام الجعل من ناحيه حجّيه الظهور الفعلى أو المقامى أو الإطلاقى، أو من ناحيه التعبد الشرعى، بأن تفيده الأدلّه أن ليس للمتعاملين الرجوع والإقاله. وقولهم: ما لا يقبل الإقاله لا يفسخ، إنما هو حكم من ناحيه الشرع لا المتعاقدين... وبالجمله، فإنّه ليس هناك عقد لازم ذاتاً أصلاً، بل هو بالعرض، إمّا من ناحيه الظهور أو من ناحيه الشرع.

ص: ١٤

(١ - ١) كتاب الخصال للشيخ الصدوق: ٤١٧، باب التسعه، الرّم: ٩، كتاب التوحيد: ٣٥٣، باب الاستطاعه، الرّم: ٢٤

وعلى هذا، فالمعاطاه تفيد الملكيه إلا أنها غير لازمه.

ثم إنَّ الشيخ قد استدللَّ ببيع الأخرس بالإشاره، بفحوى ما دلَّ على صحَّه طلاقه بها، وهى نصوص (١):

عن أبى بصير، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها».

وعن السكونى قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ويعتزلها».

وجه الاستدلال: أنه إذا كانت الإشاره تقوم مقام اللفظ فى الإيقاعات، ففى العقود بالأولويه.

وقد ذكرنا أن ذلك مقتضى العمومات والإطلاقات والتمسك بأصالة عدم التقييد والتخصيص (١).

ص: ١٥

١-١) وسائل الشيعه ٢٢ / ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه

ثم ذكر الشيخ مقتضى الأصل... .

وتعرّضنا لإشكال بعض الأكابر القائل بأن الأصل عدم الوجوب بمقتضى صحيحه البنظي قال: «سألته في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقه ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام:

لا. قال رسول الله: وضع عن امتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا» (١) فقد أجرى الإمام عليه السلام البراءة الشرعيّة في الأمر الوضعي وهو الطلاق، وعليه، فهي جاريه في الشرطيّه أيضاً، والأصل هو عدم الوجوب.

فأجبنا عن الإشكال بأن الشرطيّه لا- تقبل الوضع فلا تقبل الرفع، وأمّا جريان حديث الرفع في موردٍ يشك فيه في جعل الشارع حكماً، فذاك أمر آخر، لأن الحكم أمر اعتباري يقبل الجعل من الشارع، ومتى شكّ فيه جرت البراءة عنه.

والوجه في عدم جريان البراءة في الشرطيّه ونحوها من الامور الانتزاعيه هو: إن الموجودات... .

إما خارجيّه بالأصالة، وهي الجواهر والأعراض، أو بالتّبع، وهي لوازم الوجود، كما يقال في الموجودات في عالم التشريع بأنّ وجوب ذي المقدمه مجعول بالأصالة ووجوب المقدمه مجعول بالتبع.

وإمّا ذهبيّه، كالجنسيّه والفصليّه وغير ذلك.

وإمّا انتزاعيّه، وهي موجوده في عالم الإعتبار، أمّا في الخارج، فبوجود منشأ الانتزاع، كالأبوه والبنوه والفوقيه والتحتيه.

ص: ١٤

وإما وضعيه توجد في عالم النفس بجعل منها، كالملكيه والزوجيه والشرطيّه وغيرها، وهي التي ذهب الشيخ إلى كونها منتزعه، فوقع في التكلّف في بيان المنشأ لبعضها، ونحن موافقون له في بعض الموارد، وهي التي يرى العرف كونها وضعيه لكنها بالدقه العقلية انتزاعيه، دون سائر الموارد....

والكلام في الأحكام الوضعيه طويلٌ وتفصيله في محله، وملخص المختار فيها: أنها امور اعتباريه لها وجود ادعائي كما في الاستعارات الأدبيه، حيث يدعى للشئ الحقيقي وجود اعتباري، كالبياض الذي له وجود حقيقي يدعى له الوجود الاعتباري في القلب فيوصف بالبياض، وكالأسد الذي له وجود حقيقي، يوجد بوجود اعتباري فيقال زيد أسد... وهكذا، فالحكم الوضعي هو الحكم الذي يعتبره من بيده الأمر في كل موردٍ يصح فيه الاعتبار عقلاءً، أمّا في الخارج فلا يوجد شيء.

وبعد، فقد عدّوا السببيه والشرطيّه والمانعيّه من الأحكام الوضعيه، والحق أنه يستحيل أن تكون كذلك، فإنها ليست اموراً جعليه من النفس بل هي انتزاعيه، فتقول: العقد سبب للملكيه، فينتزع له السببيه، دلوك الشمس شرطٌ لوجوب الصلاه، فينتزع له الشرطيّه، الغرر مانع عن الملكيه فينتزع له المانعيّه، وهكذا... حيث أنّ المنشأ في الرتبّه السببيه على الحكم الوضعي كما في الأمثله المذكوره، أمّا لو تقدّم الحكم، بأن اعتبر الملكيه وجعلها عند تحقق الإيجاب والقبول، أو عند عدم الغرر أو عند التقابض في المجلس، فما معنى جعل السببيه للعقد؟ لقد ذكرنا ضروره وجود المصحح للاعتبار ومع عدمه فهو لغو، وحال جعل السببيه للعقد بعد اعتبار الملكيه وللدلوك بعد

الحكم بوجوب الصلاه، من هذا القبيل، لأن الملكية والوجوب فعل الشارع، ولا تأثير للعقد أو الدلوک في ذلك لولا الإراده والإعتبار النفساني من الشارع، فما شاع على الألسنه من أن الأحكام الوضعيه امور إمضائيه، لا أصل له، بل إن الملكية - مثلاً - من الامور الاعتباريه، وكل أمر اعتباري فهو قائم بنفس المعتر، فللشارع في موردها اعتباراً على طبق اعتبار العقلاء.

وبالجمله، الملكية - مثلاً - معلوله للنفس وهي المخترعه لها، وليست معلوله للفظ «بعث»، وإنما هذا اللفظ سبب عقلائي لاعتبار الملكية.

وبعباره اخرى: إن الحكم سواء التكليفي أو الوضعي، أمر في حيز إرادته الجاعل المعتر واختياره، فهو أمر اختياري له، وللحكم موضوع والموضوعيه لا تقبل الجعل، أما بعد ترتب الحكم على الموضوع، فلعدم المصحح للاعتبار، بل هو لغو، وأما قبل ترتبه عليه، فلأن أثر اعتبار الموضوعيه للموضوع هو ترتب الحكم عليه قهراً، لكن الحكم أمر اختياري للحاكم ولا ترتب قهري له على الموضوع، فاعتبار الموضوعيه قبل ترتب الحكم لغو كذلك.

الحاصل: إنه لا معنى لاعتبار الموضوعيه لما ليس بموضوع، واعتبارها لما كان موضوعاً في نفس الأمر تحصيل للحاصل، واعتبارها لشيء حتى يترتب عليه الحكم، يتوقف على كون الترتب قهرياً، وقد عرفت أنه ليس كذلك، لأن أمر الحكم بيد الحاكم وترتبه على الموضوع تابع لإرادته.

إذا تبين هذا، فكل ما هو سبب للحكم أو شرط له أو مانع عنه - بمعنى التقييد بعدمه - يكون في مرحله الموضوع، ولما كان اعتبار الموضوعيه لشيء لغو، فلا معنى لمجعوليه السببيه والمانعيه والشرطيّه، وبذلك تحصل

أنها من الامور الانتزاعية لا الاعتبارية، فليست أحكاماً وضعيه.

هذا بالنسبه إلى سبب الحكم أو شرطه أو المانع عنه.

وأما ما كان سبباً للمأمور به أو شرطاً أو مانعاً، فكذلك، لأن الأمر متعلق بالمركب، فكان الركوع الذى هو بعض المركب بعض المأمور به، وينتزع من ذلك الجزئيه له، ولو تقييد المأمور به بقييد انتزع من ذلك شرطيته له، ولو تقييد بعدم شىء، انتزع منه مانعيته عنه.

وبعبارة أخرى: لو فرضنا أن المانع للشىء حكم مجعول اعتبارى، فهل المأمور به مقيد بعدمه أو لا؟ إن كان مقيداً بعدمه فجعل المانع له لغو، وإن لم يكن مقيداً، بذلك فالإتيان بالمأمور به محقق للامتثال، ولا أثر لجعل المانع كذلك... .
وكذلك الشرطيه والجزئيه... .

فالقول بأن الشرطيه والسببيه والجزئيه والمانعيه أحكام وضعيه، باطل.

وكذلك القول بكونها مجعوله بالتبع.

والحاصل: إنها عناوين انتزاعيه مطلقاً... وإذا كانت انتزاعيه، فهي ليست قابله للجعل والاعتبار والوضع، وما ليس كذلك فليس قابلاً للرفع.

ولا بأس ببيان حقيقه الحال فى الملكيه والزوجيه استطراداً، فنقول:

إن الملكيه والزوجيه، إما من المقولات أو من الامور الاعتباريه أو من الانتزاعيه المحضه.

أما كونهما من المقولات فمستحيل، لأن المقوله ما يقال على الشىء فى الخارج، إما بحمل المشتق على موصوفه وهو فى الكل، وإما أن يكون له مطابق فى الخارج وهو فيما عدا الإضافه، ومن الواضح أن كل عرض فهو

قائم بمعروضه، ولكن الملكية موجودة في الخارج بلا معروض في السلم والنسيئة.

وأما كونهما من الامور الانتزاعية، فما هو منشأ الانتزاع؟ إن كان هو جواز التصرف - وهو الحكم التكليفي - فقد تكون الملكية ولا جواز للتصرف، كملكه الصغير والمجنون، وإن كان هو العقد، فإن المشتق من الملكية لا يحمل على العقد.

فتعين كونهما أمرين اعتباريين ممن بيده الاعتبار، مع وجود المصحح للاعتبار عنده.

هذا هو التحقيق في هذه الامور، خلافاً للشيخ الأعظم والمحقق الخراساني فيما ذهبوا إليه في ذلك (١).

والآن نعود إلى كلام الشيخ:

إنه إذا وقع البيع بالمعاطاه مع التمکن من اللفظ، فهل يفيد الملك أو الإباحه؟ قولان، كما تقدم سابقاً بالتفصیل.

وأما إذا وقع مع العجز عنه كبیع الأخرس بالإشاره، فإنه يفيد الملك، وقد استدلل له بفحوى صحّحه طلاقه بالإشاره، وتشمله العمومات، وتعمّه

ص: ٢٢

أدله اللزوم.

ثم وقع الكلام في صورته التمكن من التوكيل أو التمكن من الكتابه...

وسياتى.

وقد تحصل مما ذكرنا أن اللفظ معتبر في لزوم البيع، وأن الشهرة العظيمة قائمه على عدم اللزوم بدون اللفظ لا على عدم تحقق الملكيه (١).

ثم قال الشيخ: إن إشاره الأخرس تقوم مقام اللفظ، وهذا هو الصحيح، لأن المعامله مطلقاً أمر يخرعه النفس فيحتاج إلى دال ولا خصوصيه للفظ، والإشاره المفهمه من الأخرس تدل على ما في ضميره، ويصدق عليها بالحمل الشائع عنوان البيع وتعمه العمومات، حتى مع إمكان التوكيل أو الكتابه، فهي تدفع احتمال دخل عدم التمكن منهما. مضافاً إلى ما ورد في طلاق الأخرس بتنقيح المناط.

قال الشيخ:

فإن حملة على صورته عجزه عن التوكيل، حمل للمطلق على الفرد النادر...

وما ذكره هو الصحيح.

وقد اشتملت الروايات على العمل الخارجى - وهو اللف والجذب للقناع - ويدل ذلك على كفايه العمل الخارجى، وهو ما ذكرنا من لزوم الدال، فلا خصوصيه للإشاره المفهمه كذلك.

ص: ٢٣

ثم لو قلنا: إن الأصل في المعاطاه اللزوم بعد القول بإفادتها للملكيه، فالقدر المخرج صورته قدره المتبايعين على مباشره اللفظ.

إن كان يريد من المعاطاه كل ملكيه تقع بالفعل في مقابل اللفظ، بأن تكون الإشاره معاطاه مفيده للملكيه اللازمه. ففيه: إن المعاطاه التي كانت محطّ البحث السابق، هي ما إذا كان المعطى قاصداً للتمليك بالإعطاء الخارجى، وهنا يكون التملك بالدالّ عليه.

وإن كان يريد منها المعاطاه المصطلحه، بأن يعطى الأخرس عملاً وبلا إشاره مفهمه. ففيه: إن الفعل الخارجى قاصر عن إفاده اللزوم عند المجمعين، وعلى هذا، فلا فرق بين أن يكون قادراً على التكلم أو عاجزاً عنه، وقد أجاد شيخنا الاستاذ فى الإشكال على هذا الكلام حيث قال:

«الأخرس كغيره، له عهد مؤكّد وعهد غير مؤكّد، فالتعاطى منه فى الخارج فقط كالتعاطى من غيره عهد غير مؤكّد، فله حكمه، والإشاره المفهمه الرافعه للاشتباه منه عهده المؤكّد، كاللفظ الرافع للاشتباه الذى يتطرق إلى الفعل نوعاً عهد مؤكّد من القادر، فليس مجرد كون الإشاره فعلاً- موجباً لكون معاملة الأخرس معاطاه دائماً، أو أنّ فعله منزل منزله القول من غيره دائماً، بل له سنخان من العهد كما فى غيره، بلحاظ قوّه الدلاله على مقاصده وضعفها نوعاً» (١).

يعنى: إن الفعل مجمل يمكن وقوع الاشتباه فيه، بخلاف اللفظ، لأن

الظهور الإطلاقي فيه حجّه، لأنه كان قادراً على التقييد ولم يقيّد، والإشارة المفهمه بحكم اللفظ، فإن الأخرس قادر على التقييد بالإشارة والمفروض أنه لم يقيّد، فيكون الظهور الإطلاقي لإشارته حجّه كذلك.

هل تكفى الكتابه عن الإشاره؟

قال الشيخ:

والظاهر أيضاً: كفايه الكتابه مع العجز عن الإشاره... وأما مع قدره على الإشاره، فقد رجح بعض الإشاره، ولعلّه لأنها أصرح... وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس...

أقول:

القائل بتقدّم الكتابه - مع التمكن منها - على الإشاره هو ابن إدريس رحمه الله، لما رواه البزنطي في الصحيح، عن أبي الحسن عليه السلام:

«عن الرجل تكون عنده المرأه... يصمت ولا يتكلّم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهه لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا- ولكن يكتب ويشهد على ذلك. قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها» (١).

ومن الواضح: إنّ الكتابه حكاية عن الألفاظ، وهى دالّه بالوضع على المعانى الموضوعه لها، لكنّ الكتابه لا تدلّ على الإنشاء إلّ بالقرائن، ومعها

ص: ٢٥

١- ١) وسائل الشيعه ٢٢ / ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الرّقم: ١

تكون الكتابه مقدّمه على الإشاره بمقتضى هذه الصحيحه. والله العالم.

وخلاصه المطلب أنّ الشيخ رحمه الله يرى كفايه الكتابه عند العجز عن الإشاره، لفحوى ما ورد فى كتابه الطلاق، وذكر أنّ بعض الأصحاب رجّح الإشاره على الكتابه لكونها أصرح.

ثم أفاد أنّ المستفاد من بعض الأخبار تقدّم الكتابه... .

أمّا كلمته الاولى:

فقد كان الأولى أن يقول «لإطلاق» ما ورد، لا «لفحوى»، لأنّ بعض الأخبار الوارده فى طلاق الأخرس مطلق بكلّ وضوح، كقوله: «فى رجل أخرس كتب فى الأرض بطلاق امرأته. قال: إذا فعل فى قبل الطهر بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنّه» (١) أى: أعم من كونه عاجزاً عن الإشاره وعدمه.

وفى أخرى: «... لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطّه بيده وهو يريد الطلاق أو العتق...» (٢).

وأمّا كلمته الثانيه:

فإن الأصرحيه تفيد الأولويه لا-التعين، وقد تقدّم أنّ الكتابه لا آليه لها للإنشاء - بخلاف الألفاظ - فترجيح الإشاره من هذه التّياحيه، نعم، قد تفيد القرائن الحاليه الحافه بالكتابه الإنشاء والقصد للمعنى، كما تفيد دلالتها على التصديق للخبر إن كانت الجملة المكتوبه خبريه.

ص: ٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٢ / ٤٨، باب جواز طلاق الأخرس بالكتابه والإشاره، الرّقم: ٤

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٢ / ٣٧، باب عدم وقوع الطلاق بالكنايه...، الرّقم: ٣

وأما الصحيحه المتقدمه الدالّه على تقدّم الكتابه، فلا يبعد أن يكون من جهه أنّ الكتابه نحو وجود للصيغه الخاصه المجمع على اعتبارها وهي «أنت طالق» بخلاف الإشاره، فإنّها ليست بوجودٍ للصيغه المعبره، ولو تنزّلنا، فالقول بذلك في ساير المعاملات قياسٌ.

فالمرجع في البيع بعد إحراز الصغرى عمومات البيع.

ثم إن البحث في ألفاظ العقود يقع في جهات:

الاولى: ما يعتبر في اللفظ المفرد من حيث المادّه، كمسأله اعتبار العرييه والصراحه... .

والثانيه: ما يعتبر في اللفظ المفرد من حيث الهيئته، كمسأله إعتبار كونه فعلاً واعتبار الماضيّه فيه... .

والثالثه: ما يعتبر في اللفظ المركب، كمسأله اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول، والموالاه بينهما... .

هل يقع العقد باللفظ الكنائى؟

قال الشيخ:

أمّا الكلام من حيث المادّه، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنائيات... .

أقول:

ذكر رحمه الله كلمات الفقهاء في المسأله، ومجملها عدم كفايه الكنايه، وهي استعمال اللفظ في معناه الموضوع له حقيقه، لكن المقصود بالتفهيم هو اللّازم أو الملزوم. فالمراد الاستعمالى هو المعنى الحقيقى، والمراد الجدّى هو اللّازم أو الملزوم، فالاستعمال ليس في الملزوم أو اللّازم، وإلّا

ص: ٢٧

يلزم استعمال اللفظ في معنيين، وهو غير معقول.

ولما كان تحقق المعامله منوطاً بالدلاله، وهى منوطه بالاستعمال، وهو حاصل فى اللّازم دون الملزوم وهو الملكيه، فالمعامله باللفظ الكنائى غير محققه.

هذا شرح كلامه.

فقال المحقق الخراسانى:

«ربما يمكن المناقشه فى صدق العقد على ما إذا وقع بالكنايه، فإنه عهد مؤكّد، ولا يبعد أن يمنع فيما إذا وقع بها، وذلك لسرايه الوهن من اللفظ إلى المعنى، لما بينهما من شدّه الارتباط بل نحو من الاتحاد» (١).

وكأنه يريد ما ذكرناه، من أن اللفظ قد استعمل فى اللّازم وارىد منه الملزوم، فالمقصود تفهيمه بالأصالة لم يستعمل اللفظ فيه، والذى استعمل فيه ليس هو المقصود بالأصالة.

وقال العلامه:

«الرابع من شروط الصيغه: التصريح، فلا يقع بالكنايه بيع ألبته، مثل قوله: أدخلته فى ملكك، أو جعلته لك، أو خذه منى، أو سلطتك عليه بكذا.

عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأنّ المخاطب لا يدرى بم خوطب» (٢).

أقول:

لعلّ المراد أن البيع بالكنايه مجاز، إذ البيع يكون باستعمال اللفظ فى

ص: ٢٨

١-١) حاشيه المكاسب: ٢٧

٢-٢) تذكره الفقهاء ١٠ / ٩

المعنى الموضوع له المقصود، وهذا هو الذى يصدق عليه عنوان البيع حقيقهً، وعليه، فلو شك فى صدقه على الاستعمال الكنائى، لم يصح التمسك بـ «أحلَّ اللهُ التَّيِّعَ» (١) ونحوه، لأن إثبات الحكم يدور مدار إحراز الموضوع، وحينئذٍ يكون استصحاب عدم الملك هو المحكم.

وأما مع فرض صدق العنوان على ما إذا وقع بالكنايه، فإنه لا مانع له لعدم الصراحة، لأن المفروض شمول العمومات للصريح وغير الصريح، ولا دليل على اعتبار الصراحة.

وأما قوله: ولأنَّ المخاطب... فأخصَّ من المدعى، لأنَّ مثل قوله: جعلته لك، يحتمل البيع والهبة وغيرهما، أما لو جاء بكنايه لا تفيد إلا البيع، كان المخاطب يدري بما خوطب.

وقال الميرزا الاستاذ:

إنه قد يتحقَّق الإخبار بالكنايه، كما لو قال: «زيد كثير الرماد» وانتقل ذهن المخاطب إلى جود زيد، فكانت الكنايه إخباراً عن الجود، لكنَّ الإنشاء إيجاد للمعنى، فإذا أتى بالمعنى الكنائى لم يتحقَّق الإنشاء للملزم وإنَّ انتقل ذهن المخاطب إليه، لأنَّ الانتقال إليه أمر والإنشاء له أمر آخر، والبيع إنشاء للملكيه، فهو لا- يحصل بالكنايه، فالألفاظ الكنائيه لا- تصلح للإنشاء وإنَّ صلحت للإخبار (١).

ص: ٢٩

أقول:

تارةً نقول: بأنّ الملكيه أمرٌ واقعي، وكلُّ من نظر العرف والشرع طريقاً إليه، ومتى وقع الخلاف بين نظرهما كان الشارع مخطئاً للعرف في نظره.

واخرى نقول: بأنّ الملكيه أمر اعتباري لا واقعي له، وحقيقه الأمر الاعتباري من أعمال النفس وهي الموجوده له، وقوامه بنفس المعترف، فالعقلاء يعتبرون الملكيه، والشارع يعتبر على طبق اعتبارهم في كلِّ موردٍ عنده اعتبار.

ص: ٣٠

وعلى الثاني: فإن الباع يعتبر ويتسبب باعتباره إلى اعتبار العقلاء أو الشارع، وحينئذٍ، قد يكون فاسداً عند العقلاء، أو عند الشارع وإن كان صحيحاً عندهم.

النظر في أدله القول بالمنع

وتحقيق الكلام في مسأله تحقق البيع بالألفاظ الكنائيه، وهى معنونه منذ القديم، بالنظر فى أدله القول بالمنع وقد قال به جماعه كالعلمه وبعض المتأخرين، وهى امور:

الأول: إن مقتضى أصاله بقاء الملك هو عدم تحقق البيع فيما إذا لم يصرح بلفظ البيع.

والثانى: إن المخاطب إذا لم يصرح بلفظ البيع - مثلاً - لا يدرى بم خوطب.

ذكرهما العلماه.

وقد قلنا: إنه لا دليل على اعتبار النصوصيه والصراحه، بل اللآزم هو الحجّه وهو ظهور الكلام. وأما استصحاب بقاء الملك إن كان اللفظ كنائياً، فهو حيث لا يصدق عنوان البيع عند العقلاء، فإذا صدق عليه العنوان حقيقه شملته العمومات. وأما أن الخاطب لا يدرى بم خوطب، فهو حيث تكون الكنايه مجمله، وأما مع كونها ظاهره فى المعنى فهو يدرى، والبيع تحقق، لما تقدم من أن المناط هو ظهور الكلام فى المعنى المقصود، ولا يعتبر العلم بالمعنى.

والثالث: ما ذكره المحقق الخراسانى من أنّ البيع عهد مؤكّد، ولا يبعد أن يمنع عن تأكده إذا انشأ بالكنايه... .

فهو يذعن بحصول الدلالة، لكنّه ينكر التأكيد، لما ذكره من الوهن فى اللفظ وأنه يسرى إلى المعنى، لما بينهما من الاتّحاد.

وتقريبه: إنّ البيع له حيثيه العهديّ وحيثيه التأكيد، فكما لا يكفى مجرد التعهّد القلبي بل لابدّ من الدلالة عليه، إذ لا يترتب الأثر على القصد القلبي فى معامله من المعاملات، كذلك لابدّ من الدلالة على تأكّده، لما تقدّم من أنّ الدلالة الأصليه للفظ الكنائى إنما هى فى المعنى الموضوع الحقيقى له، وأمّا الملزوم المقصود منه فينتقل ذهن السامع إليه، وتكون دلالة اللفظ عليه تبعيّة، والدلالة التبعيّة موهونه، وهذا الوهن يسرى إلى المعنى فلا يكون الدلالة مؤكّده، لوضوح منافاه الوهن للتأكد، فلا يتحقق البيع، لضروره أنه العهد المؤكّد.

أقول:

بعد غضّ النظر عمّا فى كلامه من المسامحه، لأنّ البيع مبادله مال بمال، نعم هو مصداق للعقد، والعقد عباره عن العهد المؤكّد.

إنما يقال للبيع بأنه عهد، فى قبال المقاوله إذ لا عهد فيها، وإنما يقال بأنه مؤكّد، فى قبال العهد الانفرادى مثل الوعد والوعيد، فلا يسمّى بالعقد، بل العقد هو العهد المرتبط بعهدٍ آخر، فيكون بارتباطه مؤكّداً، أى يكون مشدوداً بالآخر ويعضد أحدهما الآخر، ولو فرض عدم صدق «العقد» على «المعاطاه» لكون دلالتها على التأكيد بظاهر الحال والقرائن المقاميّه، فإنّ البيع المعاطاتى يكون موهوناً، وأمّا إذا كان البيع لفظياً، فالظهور كلامى، ودلالته على العهد تامّه، وتأكّده حاصل بارتباطه بالعهد الآخر كما تقدّم، فأين الوهن؟

وأما التبعيّة التى ذكرناها فى تقريب كلامه قدّس سرّه، فالجواب عنها

هو: إنه فى مقام الإنشاء يكون المقصود بالأصالة هو التسبب إلى البيع، فالمعنى الملزوم هو المراد الجدوى، وأما اللّازم أى المراد الإستعمالى فمقصود بالتبع، والمدار على القصد.

فمقام التسبب وترتيب الأثر على عكس مقام الدلالة الاستعمالية، إذ المقصود بالأصالة فى هذا المقام هو المراد الجدوى ويكون المراد الاستعمالى تبعاً له (١).

٤ - البيع أمر إنشائى، والإنشاء من وجوه الاستعمال، ومن جهة أخرى، فإن اللفظ الكنائى مستعمل فى معناه الموضوع له، ولا يستعمل مع ذلك فى البيع، وإلّا يلزم استعمال اللفظ فى معنيين، فلا يكون البيع منشأً باللفظ الكنائى.

والجواب:

إن هذه مغالطه، فإنّ الإنشاء المقابل للإخبار من وجوه الاستعمال، لا- أن الإنشاء على إطلاقه من وجوهه، ولذا يتحقق إنشاء التمليك بالمعاطاه، مع أنه ليس من وجوه استعمال اللفظ. هذا أولاً.

وثانياً: إن قولهم «زيد كثير الرّماذ» ونحوه إخبارٌ بلا إشكال، وهو يتحقّق

ص: ٣٣

باللفظ الكنائى بالضرورة، مع كون الإخبار من وجوه الاستعمال كالإنشاء.

وثالثاً: إن الاستفادة من كلمات الفقهاء، أن للملكية واقعية والعقد آله لتحقيق ذلك المعنى الواقعى ووجوده، ونظر العرف والشرع طريق لمعرفة ما هو آله وما هو ليس بآله، ولذا يقع الاختلاف بين الشرع والعرف، والشارع يحكم بخطأ العرف، وعليه، يجوز أن يقال بأن اللفظ الكنائى ليس آله.

أمياً بناءً على الصحيح من أن الملكية أمر اعتبارى، والاعتبار أمر نفسانى قائم بنفس المعترف، ومع تحققه يصدق عليه عنوان البيع فتعمه العمومات والإطلاقات، فإنه متى صدق العنوان مع اللفظ الكنائى فالبيع متحقق.

والحاصل: إن الأعراض توجد بآلاتها وأسبابها المناسبه لها، فالقلم آله لتحقيق الكم إذا خط به، وكذلك الملكية والزوجيه ونحوهما، فإنها تحتاج لوجودها فى الخارج إلى الآلات المناسبه، فالمعتبر يعتبر الملكية ويتصف الخارج بذلك بالآله، أى أنه يتجلى فى الخارج، لا أن الآله - وهو العقد - يحقق الملكية - مثلاً - خارجاً. نعم، لو كانت الملكية أمراً واقعياً، أمكن البحث عن أن اللفظ الكنائى يصلح لأن يكون سبباً للوصول إلى تلك الحقيقه الواقعيه أولاً، لكن المبنى غير صحيح.

وعلى الجملة، فإن هذا الإشكال إنما يتوجه على القول بأن الملكية أمر واقعى نفس أمرى، لا على القول باعتباريتها، والحق هو الثانى.

ويبقى نسبه القول الأول إلى المشهور، لكن الشهره الفتوائيه غير كاشفه عن رأى المعصوم ولا عن حججه شرعيه، مضافاً إلى احتمال كون فتواهم بذلك من باب الاحتياط أو الأخذ بالقدر المتيقن.

وأما دعوى الإجماع المنقول فى المسأله، فالظاهر قيامه على اعتبار

اللفظ في اللزوم، أما اعتبار لفظٍ مخصوص فلا إجماع عليه أصلاً، ولا ريب في العقد اللفظي في أن يكون اللفظ ظاهراً في المراد وكاشفاً عنه، وبذلك يتحقق الإنشاء وإن كان اللفظ كنايةً، إذ المناط ما ذكرناه، وبذلك نجيب عن كلام شيخنا الميرزا قدس سرّه (١).

الأقوال في ألفاظ العقد من حيث الكنايه والمجاز والاشتراك

وبعد، فإن الأقوال في صيغه العقود كما يلي:

١ - ما ذهب إليه فخر المحققين من أن كلّ عقدٍ لازم وضع الشارع له صيغه مخصوصه بالاستقراء (١)، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقّن.

وحاصله: إن عدم الكنايه هو من باب القدر المتيقّن، وعليه، يلزم الأخذ بذلك في كلّ لفظ شكّ في تحقق العقد به، كما لو كان مجازاً أو مشتركاً أو غير ذلك.

٢ - إنه يعتبر في كلّ عقد أن يُنشأ فيه عنوان المعامله، بأن يقول في البيع

ص: ٣٥

امكان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

لفظٍ وقعت به المعامله فى زمن الشارع وأنفدها فهو المؤثر فى تلك المعامله، فأى لفظٍ كان متداولاً فى عصر المعصوم ولم يردع عنه فهو كافٍ، وأى لفظ لم يثبت كونه متداولاً فى ذلك الزمان فلا دليل على وقوع العقد به.

المختار فى المسأله

٨ - كلّ لفظ صريح أو ظاهر فى معنى المعامله ظهوراً يعتدّ به العقلاء فهو كافٍ، بلا- توقّف على كونه متداولاً فى زمن المعصومين، إذ تكفى العمومات والإطلاقات دليلاً على الجواز ولا حاجه إلى الإمضاء.

وهذا هو المختار عندنا.

وتوضيحه بإيجاز هو: أنه لو لم تكن عندنا الإطلاقات والعمومات لكننا بحاجه إلى الإمضاء، وهو دليل لئبى، والقدر المتيقن منه ما كان متداولاً فى زمنهم يقيناً، وما لا يقين بتداوله فى ذلك الزمان فلا يؤثر.

لكن مقتضى العمومات والإطلاقات كفايه كلّ لفظٍ له ظهور عقلاى فى المعنى، وإنما نقول بضروره الظهور النوعى العقلاى، لأنه لو لم يكن كذلك - بل كان ظهوره بالقرينه الشخصيه - لم يعتد به العقلاء، وحينئذٍ لا يمكن نسبه قبوله إلى الشارع، لأنّ الإطلاقات والعمومات الشرعيه كلّها مخصّصه بالمخصّص اللبى، فقوله تعالى «أحلّ الله البيع» مخصّص أى: أحلّ الله البيع الذى يعتدّ به العقلاء، لأنّ الشارع لا يمضى ما ليس بعقلاى.

وبعباره اخرى: إنّ لنا علماً إجمالياً بعدم حليه بعض البيع شرعاً، فالآيه المباركه مخصّصه بالعلم الإجمالى المذكور، وقد تقرّر فى محلّه سرايه إجمال المخصّص إلى العام، فلا تبقى الآيه على عمومها.

وكذا الكلام فى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

وقد يقال بسقوط العموم من جهة تخصيص الأكثر، أما بناءً على مسلك القدماء من أن العام المخصّص مستعمل فى الخاص مجازاً والمخصّص قرينه على المجاز، فلو قال: أكرم العلماء، ثم جاء المخصّص منفصلاً بأنه: لا تكرم النحويين، فقد استعمل العلماء فى ما عدا النحويين مجازاً، وقوله: لا تكرم النحويين قرينه عليه، وحيث أنه يعتبر المناسبه بين المعنى المجازى والحقيقى، فإن كان المخصّص قليلاً، كان معظم الافراد باقياً تحت العام والمناسبه محفوظه والاستعمال صحيح، وأما لو خرج معظم الأفراد من تحت العام وبقي النادر، انتفت العلاقه والمناسبه بين المعنيين الحقيقى والمجازى، والاستعمال المجازى بدون علاقه غير صحيح، ولذا لا يجوز استعمال العام فى الفرد النادر.

وأما بناءً على مسلك المتأخرين - وهو الحق - من أن العام مستعمل فى معناه الحقيقى وهو المراد الاستعمالى، وإنما المخصّص مبيّن للمراد الجدّى، فإذا جاء المخصّص أفاد أن ما عداه هو المراد الجدّى، فلا معنى لأن يستعمل المتكلم العاقل اللفظ العام فى العموم ويريد الأفراد النادره، وهذا معنى قولهم بأن تخصيص الأكثر مستهجن.

نقد الأقوال الاخرى

ذكرنا الوجوه والأقوال فى المسأله، وهى فى الأغلب مستنده إلى عدم وجود العمومات والإطلاقات القابله للاستدلال فى المقام، فلا مناص من الأخذ بمقتضى الإطلاق المقامى، بتقريب: أن كلّ عقد متداول فى عصر

الشارع لم يردع عنه فهو نافذ عنده وأنه معتبر له على حسب ما اعتبره العقلاء، إذن، لا بدّ من الأخذ بتلك العقود وجعلها القدر المتيقن من الألفاظ المؤثرة، وأمّا الآيات من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه، فهي وارده في مقام التشريع لا لبيان الحكم الفعلي، ولا عموم لها ليمسك به ويرجع إليه.

أو من جهة أن اللام في «العُقُودِ» للعهد، أي: العقود المتداوله والمتعارفه بين الناس... فليست الآية دالّة على العموم.

أو من جهة أن التمسك بالإطلاق والعموم في الآيات منوطٌ بعدم وجود العلم الإجمالي بالمخصّصات والمقيّدات الكثيرة، وإلّا يلزم الإجمال في الآيات ولا يبقى لها ظهور يتمسك به.

أو من جهة أن تلك العمومات والإطلاقات مبتلاه بالتخصيص الأكثر، على ما تقدّم.

وبالجملة، فإنّ مناط الأقوال إنكار العموم والإطلاق في الأدلّة، وينحصر الدليل بالإمضاء، وعليه، فلا يجوز التعدّي عن اللفظ المتداول الممضى شرعاً إلى غيره.

ولنا في جميع ما ذكر بحث.

أمّا دعوى أن الآيات في مقام التشريع، فقد قرّنا في الاصول أن ظاهر حال كلّ متكلم كونه في مقام بيان الحكم الفعلي، ومع الشك فإنّ ذلك مقتضى أصالة البيان، وعليه، فمقتضى القاعدة حمل الكلام على إرادة الحكم الفعلي، إلّا أن يقوم دليل على كونه في مقام التشريع، وعدم الدليل كافٍ للحمل على الحكم الفعلي، ومجرد احتمال لا أثر له.

وأما احتمال كون «اللام» للعهد، فبخلاف ظاهر الكلام كذلك، لأنّ

«البيع» كلى طبيعى، وإذا دخلت اللّعام على الكلى الطبيعى أفادت أنه بما هو ماهيته كليه مراداً للمتكلّم، وحينئذٍ، فحمل اللّام على العهد يحتاج إلى قرينه، وعدمها كاف للحمل على العموم... .

وكذا الكلام فى «العقود».

فلا احتمالان مندفعان بعدم الدليل، والظهور فى الاطلاق والعموم محكم.

وأما فرضيه العلم الإجمالى بالتخصيص، كالبيع الغررى والربرى وما لا- يقدر على تسليمه... فنقول: إنه من العلم الإجمالى المراد بين الأقل والأكثر المنفصل، ومقتضى القاعده المقرّره فيه هو الأخذ بالقدر المتيقّن وهو الأقل والتمسك فى الزائد عنه بالعام والمطلق، فلا شك بعد ذلك فى انحلاله، والذى يسرى إجماله إلى العام أو المطلق هو غير المنحلّ.

وأما التخصيص بالأكثر، فهو موهن لا محاله، سواء كان العام مستعملاً فى الخاص مجازاً كما عليه القدماء أو فى العموم والإراداه الجديّه متعلقه بما عدا المخصص كما عليه المتأخرون، فالكبرى مسلّمه وتخصيص الأكثر مستهجن على كلّ تقدير، ولكنّ الكلام فى الصغرى.

لقد قررنا فى الاصول أن تخصيص الأ-كثر إنما يضرّ بالظهور بناءً على مسلك القدماء، وأما بناءً على ما هو الحق - من أن المطلقات مستعمله فى المعانى الحقيقيه لها وهى الماهيات المطلقه، والخصوصيات القيديه تفاد بالدّوال الثانويه، فهناك دالّان ومدلولان - فسواء كان المقيد متّصلاً أو منفصلاً، فإن المطلق قد استعمل فى نفس الطبيعه الكليه، ولا مجازيه أصلاً، وعليه، فإنّ المقيّدات الكثيره لا تضرّ بانعقاد الظهور أبداً، لأنّ للمتكلّم أن

يفيد مرامه إلى وقت الحاجة بدوالً متعدّده، وفاقاً للشيخ الأعظم الذي قرّر هذا المطلب بأحسن تقرير، وخلافاً للمحقّق الخراساني القائل بانحصار مقام البيان بحال التكلّم، فقد ذكرنا في محلّه أن لا وجه لما ذهب إليه.

وبعبارة اخرى: فإن كون المتكلّم في مقام البيان - الذي هو من مقدّمات الإطلاق - مستمرّاً إلى وقت الحاجة، وله أن يبيّن مقصده ومرامه ببياناتٍ ودوالٍ متعدّده.

فظهر أنّ التقييدات الكثيره لا- تضرّ بظهور الكلام وإفادته للمرام على ما هو التحقيق عند المتأخرين، فإنّ ظهوره محكمٌ ويرجع إليه فيما عدا ما خرج بالدليل تقييداً من تحت المطلق، والمفروض عدم قيام الدليل على المنع من البيع بالكنايه أو المجاز... .

هذا كلّ في المطلقات.

إنما الإشكال في العمومات، فإن المفروض كون المستعمل فيه عامّاً، فيضّر تخصيص الاكثر بالعموم لا محاله، لأن «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يقتضى وجوب الوفاء على كلّ متعاملين في كلّ عقيدٍ من العقود، لكنّ هناك عقوداً لا يجب عليهما أو على أحدهما الوفاء فيها، كالهبة بغير ذى رحم، وغير المعوّضه وكذا في الوكاله، وفي القرض لا يجب الوفاء على المقترض وفي الرهن كذلك... فالآيه مخصّصه بمخصّصات كثيره، لا سيّما بالنظر إلى أفراد العقود الواقعه في الخارج، إذ ما لا يجب الوفاء فيه أكثر ممّا يجب.

وبعبارة اخرى: ليس المراد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين العقود، بل المراد الأفراد الخارجيه، فهو عام أفرادى، مثل أكرم العلماء، الذي يعمّ جميع الأفراد، وليس المقصود منه علماء الفقه وعلماء النحو وعلماء

الطب وغيرها من العمومات الأنواعيه والأصنافيه، لأن ملاك وجوب الإكرام هو حيثيه الاتّصاف بالعلم، أى فردٍ كان وبأى عنوان من العناوين، فكذلك «العقود» فى الآيه، حيث أن وجوب الوفاء مترتب على حيثيه العقد بلا نظر لنوعه، من كونه بيعاً أو إجاره أو نكاحاً... وهكذا....

وبالجمله، فلا ريب فى أكثره ما هو خارج ممّا هو باق تحت العموم.

والتحقيق فى الجواب:

إن العام وإن كان أفرادياً والملاك قائم بحيثيه «العلم» فى مثل: أكرم العلماء، ولكن إن جاء المخصّص مخرجاً لعنوانٍ من العناوين، فإن الخارج يكون هو العنوان، فلو قال: أكرم العلماء ثم قال: لا تكرم الصرفيين، خرج هذا العنوان وإن كانت أفراده أكثر من العلماء فى سائر العناوين بأضعافٍ مضاعفه، وهذا ليس من تخصيص الأكثر المضرّ بظهور العام.

وفيما نحن فيه الأمر كذلك، فإن الخارج من تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين قليله بالنسبه إلى ما يبقى تحته منها، وإن كانت أفراد العناوين الخارجه كثيره جداً، فمثل هذه التخصيصات لا تضرّ بعموم الآيه المباركه والتمسك به.

فتلخص: إن لنا التمسك بإطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» وعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مضافاً إلى أن لهذه الآيه جهه الاطلاق أيضاً، لما ذكرنا فى الاصول من أن فى العام حيثيه الإطلاق إلى جنب حيثيه العموم، فأداه العموم تفيد العموم بالنسبه إلى الخصوصيات الأفراديه، وبإطلاقها تفيد الشمول بالنسبه إلى أحوال الأفراد، فقولته: «أكرم كلّ عالم» يدلّ على وجوب إكرام جميع أفراد العالم على جميع أحوالهم.

ونتيجه البحث بعد اندفاع الشبهات هو تحكيم العموم والاطلاق في الآيات، فإنَّ اللَّفْظ - في الكنايه - وإن كان مستعملاً في المعنى الحقيقي له، ولكنَّ المنشأ المقصود بالأصالة هو البيع، إذ البيع - وهو أمر اعتباري قائم بالنفس - يتجلَّى باللفظ الكنائي، وهو كافٍ.

كما أننا لو قلنا في موارد المجازات: بأنَّ اللَّفْظ غير مستعمل في المعنى المجازي، بل اللَّفْظ والقرينه معاً يدلّان على المعنى المقصود، كأن يقال في «رأيت أسداً يرمى» بأن «الأسد» و«يرمى» معاً يدلّان على الرجل الشجاع، أمكن القول بعدم إنشاء المعنى باللفظ، وأن القرينه لها دخلٌ في الدلاله عليه، وعليه، فلو كانت القرينه حالتيه لما تَمَّت الدلاله، فيشترط أن تكون لفظيّه، وهذا ما ذهب إليه الشيخ في المقام.

لكننا لا نقول بمدخلية القرينه في الدلاله على المعنى، بل اللَّفْظ مستعمل واقعاً في الرجل الشجاع، والقرينه «يرمى» قد صيرفت اللَّفْظ عن المعنى الحقيقي الموضوع له وهو الحيوان المفترس، وبذلك ينعقد الظهور للفظ في المعنى المجازي، سواء كانت القرينه حالتيه أو مجازيّه.

وعلى الجملة، فقد أوضحنا دليل القائلين بالاكْتفاء بالقدر المتيقن، أو باعتبار اللَّفْظ الصريح، أو أنّ المعبر فقط ما كان متداولاً في عصر المعصوم ووقع موقع الإمضاء، وهو عدم وجود العمومات والإطلاقات، وأثبتنا بعد ذلك العموم أو الاطلاق في الآيات، وتعرّضنا لمختار الشيخ قدّس سره ودليله وبيننا ما فيه.

وأما القول بعدم جواز إنشاء العقد بالكنايه، لأنَّ الملزوم المقصود - وهو البيع مثلاً - غير منشأ، فلا يكون للكنايه آليّه تحقّق البيع، فقد تقدّم

الجواب عنه مفصلاً.

وأما التفصيل بين المجاز القريب والبعيد - والمراد من القريب والبعيد، تارة: العلقه، لأنها قد تكون قريباً من المعنى الحقيقي وقد تكون بعيدة عنه.

واخرى: الاحتياج إلى القرينه، فالقريب ما يحتاج إلى القرينه الواحده والبعيد ما يحتاج إلى قرائن، وثالثه: الشهره وغيرها، فالمجاز للقريب هو المشهور والبعيد هو غير المشهور - فالظاهر أنه يبتنى على أنّ المجاز البعيد ليس له ظهور عقلائي، وإلا، فالملاك هو الظهور الحجه، ومع قيامها لا- يفرّق بين العلقه القريبه والبعيده، ولا- بين المجاز المشهور وغير المشهور، ولا بين ما يحتاج إلى القرينه الواحده وما يحتاج إلى القرائن.

نعم، لا بدّ من الظهور المعتدّ به عند العقلاء، بحيث يحتجّون به لدى الخصومه، وقد ذكرنا ذلك في بيان المختار.

تفصيل الميرزا النائيني

وقد كان للميرزا الاستاذ تفصيل آخر، وهو بتقرير منّا:

إنه إن أنشأ اليبع باللفظ المجازى أو المشترك اللفظى، على أن يكون الإنشاء بنفس اللفظ والقرينه دالّه على كونه بنفس اللفظ، أو أنشأ باللفظ المشترك وجاء بالقرينه المعينه لأحد المعنيين، فلا إشكال. أما لو كان إنشاؤه على أن المجموع من اللفظ والقرينه هو الدالّ على المعنى المقصود، لم يكن مؤثراً، وذلك لأن عناوين المعاملات معانٍ بسيطه، والبسائط دفعيه الوجود ولا يعقل التدرّج فى وجودها.

وأما المشترك المعنوى - وهو على التحقيق: استعمال اللفظ فى المعنى

الجامع وفهم الخصوصيّه بدالً آخر - فتارةً: يكون المشترك الجامع البعيد، وأخرى: يكون الجامع القريب، والخصوصيّه تارةً: هي منوّعه وأخرى مصنّفه، فقال: إنّ التملك معنى جامع بين تملك العين وهو البيع وتمليك المنفعة وهو الإجاره، وله خصوصيات، فقد يكون تملك بضمان وقد يكون بدون ضمان، وقد يكون بعوض وقد يكون لا بعوض. فالتمليك جنس قريب أو نوع، وهذه الخصوصيات صنفيّه خارجه عن ماهيته. فإذن:

لو قال: ملكتك هذا، فقد وقع الإنشاء، وتلك الخصوصيات خارجه، ولو قال: زوّجتك، فقد أنشأ التزويج، ولكنّ خصوصيه كونه إلى أمدٍ، أو بدون أمدٍ فخارجه عن الماهيه.

وعليه، فلو أنشأ البيع بلفظ «التمليك» الجنس القريب المشترك بين الخصوصيات، صحّ البيع وتكون القرينه معينه للخصوصيه المقصوده.

وأما لو أنشأ البيع بلفظ مشترك هو جنس بعيد، كما لو قال: «نقلت»، الذي يعمّ نقل الحجر من مكان إلى مكان، ونقل الإنسان من مكان إلى مكان، ونقل المتاع من مكان إلى مكان، ونقل المال من ملك إلى غيره، كانت الخصوصيه البيعيّه المقصوده مستفاده من دالٍ آخر، وعليه، لم يكن قوله «نقلت» إنشاءً للبيع، لأنه إنما يكون إنشاءً له إذا قال: «نقلت إلى ملكك» فكانت الدلاله من جهه القرينه، وأما اللفظ المشترك «نقلت» فلم يدل على البيع، فليس إنشاءً له.

فهذا وجه التفصيل بين المشترك اللفظي والمعنوي، والتفصيل في المعنوي بين الجنس القريب مثل «ملكك» والجنس البعيد مثل «نقلت»، فالثاني غير محقق للبيع والأول محقق له.

وخلصه كلامه: إنه وإن كانت عناوين المعاملات مختلفه في النوع، إذ البيع نوع، والإجاره نوع آخر، والهبة نوع ثالث، لكنها مشتركه في الملكيه، وهى المعنى الجامع بينها - لكون البيع ملكاً للعين بعوض والهبة ملكاً لها بلا عوض، والإجاره ملكاً للمنفعه - فكانت شبيهه للأصناف بالنسبه إلى النوع الواحد.

وبعبارة اخرى: تاره نلحظ العناوين بلا جهه جامعٍ بينها، واخرى:

نلحظها مندرجه تحت جامع واحد.

قال: إن البسيط دفعى الوجود والتحقق، ولا يعقل التدريجيه له فى مقام الوجود، وإلا يلزم الخلف - فهذا ما أراد إفادته هنا، لا أن المعنى البسيط لا بد من صدوره من العله البسيطه فذاك أمر آخر - وإذا كانت الملكيه ماهيه مستقله بسيطه هى بمثابة النوع للأصناف، والخصوصيات المصنّفه خارجه عن الماهيه، فلو أنشأ هذه الماهيه البسيطه الواحده وكانت خصوصياتها المميزه متدرّجه فى الإفاده فلا- مانع، أمّا لو أنشأ الجامع البعيد - كما لو قال: بادلت مالى بمالك، المناسب للملكيه وغيرها، أو قال «نقلت» المناسب للتملك وغيره كما تقدم - لم تتحقق الملكيه، فلو قال بعد ذلك: «بعوض معين» لم تتحقق الملكيه كذلك، لعدم إفادتها لها، وإن أراد إنشاء البيع بمجموع «نقلت» و«بعوض معين» لزم التدرّج فى الوجود، وهو فى الأمر البسيط غير معقول.

الجواب عنه

ونقول فى الجواب عن التفصيل المذكور إنه:

إن كانت صيغ العقود إيجاباً للملكيه العقلانيه، كما هو الظاهر من

كلماتهم، فما ذكره حق لا - محيى عنه، لكون الملكيه بسيطه - بل هي أبسط من المقولات التسع التي هي بسائط في الخارج وإن كانت مركبه بالدقه العقليه في مقام تصوّر ماهيتها - وذلك، لأنها أمر اعتبارى، والإعتبار بسيط في جميع شؤنه، وقوامه بالاعتبار المحض، والأمر البسيط دفعى الوجود لا يعقل تدرجه.

وأما بناءً على ما هو الحق من أن الاعتبار أمر قائم بنفس المعبر، وهو متعدّد، فتارة هو البائع بوحده، فإذا قال «بعت» تحقق البيع في اعتباره فقط، ولا وجه لأنّ يقال بأنّ البائع الموجب يوجد الاعتبار العقلاني، بل إن اعتبار العقلاء قائم بنفس العقلاء، فإن كان لهم اعتبار على طبق اعتبار البائع أصبح البيع عقلياً، ثم إن كان للشارع اعتبار على طبق اعتبارهم ترتب الأثر على ذلك الإنشاء شرعاً، وإلا فقد خطأ العقلاء في اعتبارهم.

والحاصل: إنّ هنا اعتبارات، وكلّ منها قائم بنفس المعبر، من المالك البائع، والعقلاء، والشارع، ولكلّ من هذه الاعتبارات أثره المختصّ به عندما يكون لكلّ منها مصحح.

فظهر: أنه لما أنشأ البائع، فقد أعلن عن اعتباره النفساني، سواء كان إبرازه بلفظ «بعت» أو «ملك» أو «نقلت»، لا أن اللفظ موجّد للملكيه حتى يقال بأنّها أمر بسيط ولا يعقل تدرجه في الوجود، وإنما الحاصل تجلّي البسيط الناشئ في النفس، والتدرج في التجلّي والإظهار لا مانع منه.

وعلى الجملة: فإنّ هذا التفصيل مبني على أن الألفاظ أسباب وآلات لوجود البيع وغيره من الامور الاعتباريه العقلانيه، كما عليه المشهور، وقد عرفت أنّ المبني غير صحيح.

وغايه ما يمكن أن يقال: إنّ العقلاء قد اعتبروا الآليه للألفاظ لتحقق تلك الامور الاعتباريه، لا أنها آلات حقيقه، وعليه، فلا مانع من اعتبار الآليه للمركب التدريجي.

وعلى كلّ حال، فالتفصيل المزبور ساقط (١).

ص: ٤٨

ومع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، وأنه لا يجوز بالألفاظ المجازية، خصوصاً مع تعميمها للقريبه والبعيده كما تقدم عن بعض المحققين. ولعله لما عرفت من تنافى... جمع المحقق الثاني... بحمل المجازات الممنوعه على المجازات البعيده، وهو جمع حسن، ولعل الأولى... .

أقول:

أخرج المحقق الثاني المجاز البعيد، وأخرج الشيخ المجاز ذى القرينه الحالتيه، ويسرى ذلك إلى المشترك ذى القرينه الحالتيه.

ثم إن جمع الشيخ وإن كان أحسن من جمع المحقق الثاني كما أفاد، لكن الإنصاف أنه مخالف لطواهر كلمات الفقهاء، وقد قدمنا أنه لا فرق في القرينه بين الحالتيه واللفظيه، لكونها صارفه عن المعنى الحقيقي، لا دخيله في الدلاله على المعنى المقصود.

وتحصل مما ذكرنا: أن المناط قيام الحجه على مضمون العقد، سواء كان صريحاً أو ظاهراً، وسواء كان الظهور بالدلاله المطابقيه أو الالتزاميه، وسواء كان بالمجاز القريب أو البعيد، وسواء كان بالمشترك اللفظي أو المعنوي، القريب أو البعيد، وسواء كانت القرينه حالتيه أو قوليته، أو غير ذلك.

نعم، يُعتبر أن تكون الحجّة ممّا يحتجّ به العقلاء كلّهم في محاوراتهم وخصوماتهم، ولا تختصّ بالشخص وحده.

وذلك، لأنه لمّا فرض صدق عنوان البيع - مثلاً - عليه بالحمل الشائع الصناعي، فإنّه سيكون صغرى للعمومات والإطلاقات، والتي قد عرفت اندفاع الإشكالات عنها.

ص: ٥٣

قال الشيخ:

منها: لفظ «بعت» في الإيجاب، ولا خلاف فيه فتوىً ونصيّاً، وهو وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء، لكنّ كثره استعماله في البيع وصلت إلى حدّ تغنيه عن القرينه.

أقول:

ما ذكره من كون البيع من الأضداد موجود في غالب الكتب اللغويه، وقد ظفرت في اثنين منها بزياده:

أحدهما: المفردات للراغب فإنه يقول: «الشراء والبيع يتلازمان، فالمشترى دافع الثمن وأخذ المثل، والبائع دفع المثل وأخذ الثمن، هذا إذا كانت المبيعه والمشاراه بناضاً وسلعه، وأما إذا كانت بيع سلعه بسله صح أن يتصور كلّ واحد منهما مشترياً وبائعاً، ومن هذا الوجه صار لفظ البيع والشراء يستعمل كلّ منهما في موضع الآخر» (١).

وظاهر كلامه التفصيل.

والثاني: المصباح المنير فقال: «والبيع من الأضداد مثل الشراء، ويطلق على كلّ واحدٍ من المتعاقدين أنه بائع، ولكنّ إذا اطلق البائع فالتبادر إلى

ص: ٥٤

الذهن باذل السلعه» (١).

وستتكلّم فيما بعد على هاتين الكلمتين.

وأما قول الشيخ: بأنّ كثرة الاستعمال تغنيه عن القرينه، ففيه بحث، وذلك:

لأنه تارة: تبلغ كثرة الاستعمال باللفظ إلى الحقيقه العرفيه، فتكون حقيقه ثانويه، ويخرج اللفظ من الاشتراك إلى التعيّن.

واخرى: لا- يكون كذلك، بل يشتهر استعمال اللفظ في أحد المعنيين، فيكون المراد من ذلك: شهره الاستعمال، وفي ذلك إشكال تعرّض له بعض أكابر الاصوليين كصاحب الفصول أو المحقق القميّ في قولهم: المجاز المشهور مقدّم على الحقيقه، فقال: لا وجه له (١).

ولكن يمكن أن يقال هنا:

إن كثرة الاستعمال وشهرته يُوجب انس ذهن السامع بذلك المعنى المشتهر فيه، فلو كان المتكلّم في مقام البيان ولا يريد ذلك المعنى المستأنس، لزم عليه أن ينصّ على نفيه أو يقيم قرينه، فلولم يفعل ذلك ولم

ص: ٥٥

البائع، وقبوله سببٌ لأن يكون ماله ملكاً للبائع ويتحقق ملكيته لماله، فكلٌّ منهما يملك بعوض، لكن الذى يصدر من البائع هو التملك الصريح ومن المشتري هو التملك الضمنى.

لكن فيه:

إن معنى التملك بعوض هو إنشاء الملكيه، وهذا لا يكون إلا من البائع، أما المشتري فلا ينشأ، فليس لفظ «البيع» مشتركاً معنوياً، بل هو مشترك لفظي بين الضدين كما ذكر اللغويون، ولعله لذا أمر بالتدبر.

وعلى الجملة، فإن لفظ البيع مشترك لفظي بين الضدين، وأورد كلمات اللغويين، ومتى قالوا فى كلمه أنها من الأضداد، فالمراد هو الاشتراك اللفظي، واحتمال كونه مشتركاً معنوياً وكل من البيع والشراء مصداق، قد تقدم ما فيه بعد تقريبه، وحاصله: إن المشتري لا ينشأ تملك الثمن، وإنما يقبل ما فعله البائع وهو إدخال ملك المشتري إلى ملكه.

فإن قلت:

مطووعه المشتري للبائع إنما تصدق بأن يفعل ما فعله، فكما ملك ذاك يملك هذا، غير أن البائع يملك الثمن ويتملك الثمن والمشتري يتملك الثمن بعوض، فكلٌّ منهما مملك غير أن ذاك يملك الغير والمشتري يملك نفسه، فهما مشتركان فى الجامع وهو التملك بعوض.

قلت:

معنى «التملك بعوض» هو إنشاء تملك الغير بعوض يقبضه، وما يفعله المشتري: تملك لنفس بعوض يدفعه، ولذا، فإن البيع تملك بالعوض، والشراء تملك بالعوض، ولا جامع بينهما.

ص: ٥٧

قال الشيخ:

ومنها: لفظ «شريت»، فلا إشكال في وقوع البيع به، لوضعه له كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغة، بل قيل: لم يستعمل في القرآن الكريم إلفى البيع.

وعن القاموس

أقول:

قال في القاموس: «شراه يشريه، ملكه بالبيع، وباعه كاشتره، فهما ضدان» (١).

وفي المصباح المنير: «المتاع أشريه إذا أخذته بثمان أو أعطيته بثمان، فهو من الأضداد» (٢).

وفي مجمع البحرين: «شريت الشيء اشريه شرى وشراءً، إذا بعته وإذا اشتريته أيضاً، وهو من الأضداد» (٣).

والقائل بأنه لم يستعمل في القرآن إلفى البيع هو السيد بحر العلوم (٤).

قال تعالى: «وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ...» (٥)

وقال: «الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا...» (٦)

ص: ٥٨

١-١) القاموس المحيط ٤ / ٣٤٧

٢-٢) المصباح المنير: ٣١٢ «شريت»

٣-٣) مجمع البحرين ١ / ٢٤٥

٤-٤) مفتاح الكرامه ١٢ / ٤٩٥

٥-٥) سوره يوسف: ٢٠

٦-٦) سوره النساء: ٧٤

وقال: «بُسِّمًا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ...» (١)

قال الشيخ:

وربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفاً في البيع، وكونه محتاجاً إلى القرينه المعينه، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء. ولا يخلو عن وجه.

أقول:

ذكر ثلاثه امور (١) قله الاستعمال (٢) يحتاج إلى القرينه (٣) في الأخبار وكلمات القدماء لم يذكر الشراء بمعنى البيع.

وكيف يقول في الأول «لا إشكال» ثم يقول: «لا يخلو من وجه»؟

أمّا قله الإستعمال، فإن أراد المستشكل أنّ قله استعمال لفظ الشراء في البيع قد أدى إلى هجر هذا المعنى، وتعيين اللفظ في المعنى المقابل، فتلك دعوى عليه إثباتها، مع أنّ هذا اللفظ لم يستعمل في القرآن إلّا في البيع كما ذكر.

وإن أراد أنّ استعماله في البيع قليل بالنسبه إلى المعنى الآخر، فإنّ هذا إنّما يثمر في مقام الشهاده أو الإقرار، فإنه إذا شهد بأنّ زيداً باع المتاع بثمن كذا، أو أقرّ على نفسه بأنّه قد باع المتاع بكذا ثمن، يقع الإشكال في مراده من «البيع»، وأمّا في مقام البيع والشراء فلا ثمره لهذا الكلام، إذ يعتبر في البيع عدم الغرر، وذلك يتحقّق بتعريف البائع للمثمن والمشتري للمثمن، فيعرفان معرفه رافعه للغرر، وإذا وُجدت هذه القرائن وحصل التعريف منهما لما بأيديهما ثم قال البائع: شريت هذا المتاع بكذا، لم يقع الشكّ في المراد من

ص: ٥٩

لفظ البيع، ولا تؤثر قلّه استعماله فى هذا المعنى، وتحققّ التعيّن.

وأما الاحتياج إلى القرينه، فقد تقدّم أنّ ذلك غير مضرّ.

نعم، لو كانت الصّيراحه فى ألفاظ البيع شرطاً لصحّته، لكان لما ذكر وجهه، ولكننا قدّمنا أنّ المناط هو حجّيه اللفظ، سواء كان صريحاً أو ظاهراً بقرينه معيّنه.

وأما القول بعدم ورود لفظ الشراء بمعنى البيع فى الأخبار وكلمات الفقهاء، فغريب، بعد ورود هذا اللفظ للمعنى المذكور فى اللغه وتصريح اللغويين بذلك.

وتلخص: لو أنّ أحداً قال فى مقام إيجاب البيع: شريت هذا بكذا، ترتّب عليه الأثر، لأنّ الاستعمال حقيقى، وعلى فرض العدم، فالظهور الحالى والمقامى الحاصل من القرائن - كما ذكرنا - كاف.

منها: لفظ «ملّكت»

قال الشيخ:

ومنها: لفظ «ملّكت» بالتشديد، والأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق عليه... .

أقول:

كأنه لا- خلاف بينهم فى تحقّق البيع بلفظ ملّكت، حتى من القائلين باعتبار الصّيراحه فى اللفظ وضروره كون الإيجاب فى كلّ معاملة بعنوانها.

وأما بناءً على عدم اعتبارها - كما هو المختار - فلا مجال للإشكال فى كفايه قوله: ملّكت هذا المتاع بكذا.

ص: ٦٠

ثم قال الشيخ:

ويدل عليه ما سبق في تعريف البيع: من أنّ التملك بالعوض المنحلّ إلى مبادله العين بالمال هو المراد للبيع عرفاً ولغوه.

والظاهر أنه مسامحة في التعبير، لأنّ معنى الترادف أنّ يكون الموضوع له لفظ «البيع» هو «التمليك بعوض» أي مركباً، والحال أنّ معناه وحداني بسيط، والبرهان عليه أنه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون قوله: «بعت المتاع بثمن» مجازاً، لكون البيع مستعملاً في بعض الموضوع له، وهذا ممّا لا يلتزم به أحد.

ولا- يتوهم: إن «بعت» موضوع للمعنى التركيبي، أعني «التمليك بعوض» على إطلاقه بنحو الإبهام، وأنّ قوله بعد ذلك: المتاع بدراهم - مثلاً - تكرار لرفع الإبهام.

لأنه فاسدٌ، لأنّ تكرار المبهم والمجمل من أجل البيان، يفتقر إلى كلمة «أي» التفسيرية وما يفيد مفادها مثل كلمة «أعني».

فالحقيقه هي: إن «البيع» موضوع لتمليك خاصّ، بنحو أنّ التقيّد جزء والقيّد خارجي، أي: إنه التملك بقيّد تعلقه بعوض، على أنّ يكون القيّد خارجاً عن المفهوم الموضوع له والتقيّد به داخلياً فيه.

ثم ذكر الشيخ:

ما قيل: من أن التملك يستعمل في الهبه بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها.

فيه... .

فأجاب: بأنّ هذا التبادر حاصل من الإطلاق والتجرّد لا من حاقّ اللفظ... .

ص: ٦١

فكأن المايز بين الهبه والبيع هو النفي والإثبات، فإن ذكر العوض كان بيعاً وإلاً فهو هبه، فيكون مجرد عدم ذكره - مع كونه في مقام البيان - قرينه على إرادته الهبه، فلا يتبادر الهبه من لفظ الملكيه والتمليك، حتى يقال بأن استعمال هذا اللفظ في البيع مجاز.

ثم قال:

إن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبه المعوضه أو قصد المصالحة بنيت صحه العقد على صحه عقد بلفظ غيره مع التيه.

أقول:

إن هذا الكلام ناظر إلى قول السيد بحر العلوم: «يشكل الإيجاب بصيغه ملكت... ولا يجدى ذكر العين والعوض، لأن تمليكها به قد يكون بالهبه والصلح، إلا إذا قيد البائع به».

وقول صاحب الجواهر تبعاً له: ودعوى كونها حقيقه في التمليك مجاناً، واضحه المنع. نعم، قد يشكل ذلك باحتمال غير البيع وإن كان نصاً في الإيجاب، ولا يجدى ذكر العين والعوض لأن تمليكها به قد يكون بالهبه والصلح فلا يتعين بيعاً. لكن قد يدفعه التزام تقييده بالبيع فلا إشكال حينئذٍ، ولعله بذلك يرتفع النزاع...» (١).

فالشيخ يقول بالتعين.

فأشكل عليه السيد:

«أقول: لا فرق بين الهبه المجانيه والمعوضه في كونهما من التمليك

ص: ٦٢

حقيقته، وإنما الفرق ذكر العوض وعدمه، فدعوى أن استعماله في خصوص الهبه المعوضه مبنى على صحه عقد بلفظ غيره. نعم، في المصالحه يمكن أن يقال بالابتناء المذكور، لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعتبره في حقيقه الصلح. فتدبر» (١).

وحاصله: الإشكال على ما ذكره الشيخ في الهبه، لأنه إن قال كذلك في الهبه - مطلقاً - لم يكن بلفظ غيره، لأن الهبه تمليك، أما في الصلح فهو موافق للشيخ، لأن الصلح هو المسالمة، فلو صالح بلفظ التمليك كان بلفظ غيره.

وهذا الإشكال وإن كان متوجهاً لظاهر عباره الشيخ، إلا أنه غفله عن أنه ناظر إلى كلام صاحب الجواهر كما ذكرنا، ولو راجع السيد الجواهر عند كتابته الحاشيه هنا لما كتبها.

ثم إن قول السيد: بأن: «ملكته المتاع» وإرادته الهبه استعمالاً حقيقى.

فيه: أنا لو قطعنا النظر عن كون «الباء» للمقابله دخلت على شىء مجعول بدلاً، كان الحق معه. وبعبارة أخرى: إنه إن قال: «ملكته بعوض» وأراد التمليك مع جعل العوض، سواء كان العوض بدلاً عن المعوض أو عن التمليك، ففي هذه الحالة يصح ما ذكره، لكن هذه الجملة ظاهره فى أن العوض بدل عن المبدل لأنه عوض عن التمليك، أما الهبه المعوضه فهى عوض يملك لا أنه يبدل، ومع هذا الظهور، لا مجال لإشكال السيد رحمه الله.

ص: ٦٣

قال الشيخ:

وأما الإيجاب ب«اشترت» ففي مفتاح الكرامه أنه قد يقال بصحّته... لكن الإشكال المتقدم في «شريت» أولى بالجريان هنا...
ودفع الإشكال في تعيين المراد منه بقريته تقديمه... غير صحيح...

أقول:

الظاهر ورود هذه الصيغه في مقام الايجاب، كما في مجمع البحرين من أنه: يقال: البيع الشراء والشراء البيع (١)، وهو منقول عن شرح القاموس (٢)، وقد قيل في قوله تعالى «بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ» (٣): أى: باعوا أنفسهم (٤)، لأن نفس الإنسان بيده لا بيد الغير حتى تشتري.

ولكن الشيخ أشكل بأن استعمال اشترت في موضع بع نادر بل أنه غير معهود، ولو قيل بأن تقديم اشترت على قبلت قريته على إرادته البيع، فهي قريته حاله، وقد تقدّم اشتراط كونها لفظية. إلّا أن يقال بكفايه استفاده المراد ولو بقريته غير لفظية... وهو مشكل.

أقول:

قد ظهر ممّا تقدّم: أنّ المناط في المعامله صراحه اللفظ أو ظهوره ولو

ص: ٦٤

١-١) مجمع البحرين ٤ / ٣٠٣ «بيع»

٢-٢) تاج العروس ٥ / ٣٨٤ «بيع»

٣-٣) سورة البقره: ٩٠

٤-٤) مجمع البحرين ١ / ٢٤٤

بمعونه القرينه، حالتيه أو لفظيه، وعليه، فلا إشكال في المقام.

وقد أشكل بعض الأكابر (1): بأنّ الاشتراء من باب الافتعال، وهي هيئه موضوعه لمطاوعه فعل الغير، فلا وجه لاستعمال اشتريت في موضع بعت، لأنه بمعنى طاوعت فعل الغير، فهو متمخض في القبول.

لكنّ المتراءى من الاستعمالات هو: أن هيئه «افتعل» ليست للمطاوعه، بل هي موضوعه لاتخاذ المبدء، إمّا أن يتّصف به مثل اختفى واحتبس، وإمّا أن يصدر منه مثل اكتسب، وإمّا أن يصدر من الغير مثل ابتاع وأتّهب.

وأيضاً، فقد تقدّم مجيء «شري» بمعنى «باع»، وقد استعمل كذلك في الكتاب في قوله تعالى: «وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ» بل هو بهذا المعنى في كلّ موارد على ما أفاده السيّد بحر العلوم، فلم لا يكون «اشترى» بمعنى «باع» كذلك؟

إلّا أنه يمكن الإشكال من جهه اخرى، وذلك:

إن من وظائف العقلاء حفظ النظام الإنساني وصيانه المجتمع من النزاع والتخاصم، والشارع أيضاً يأمر بذلك ويؤكد عليه، فعلى هذا، فإنّ ما كان من الألفاظ بعيداً عن الاستعمالات المعهودة والانتقالات الذهنيه المتعارفه، بحيث تكون منشأً للتشاجر والتنازع بين الناس، لا يكون مورداً للاعتبار العقلائي والشرعي، وكون «اشترى» بمعنى «بعت» من هذا القبيل غير بعيد.

وعلى هذا، ففي الايجاب بلفظ «اشترى» إشكال، وقوله تعالى: «بِئْسَمَا

ص: ٦٥

إشْتَرَوْا...» يحتتمل قوياً أن يكون بمعنى اشترى كلّ منهم نفس الآخر(١)، لا بمعنى باعوا أنفسهم... والله العالم.

هذا تمام الكلام فى ألفاظ الإيجاب.

القبول بلفظ «قبلت» ونحوه

قال الشيخ:

وأما القبول، فلا ينبغى الإشكال فى وقوعه بلفظ «قبلت» و«رضيت» و«اشتريت» و«ابتعت» و«تملكت» و«ملكتم» مخففاً.

أقول:

وحكى عن صاحب المسالك وغيره: أن الأصل فى القبول هو «قبلت» والصيغ الأخرى بدل عنه.

ص: ٦٦

قلت: وعلى فرضه، فلا إشكال في تحقق القبول بها.

إنما الكلام في مثل: «أمضيت» ونحوه، قال الشيخ:

الكلام في القبول بلفظ «أمضيت» ونحوه

ثم إن في انعقاد القبول بلفظ «الإمضاء» و«الإجازة» و«الإنفاذ» وشبهها وجهين.

وظاهره الإشكال.

فقال السيد:

«الظاهر أن وجه الاشكال استعمال هذه الألفاظ غالباً في مقام إمضاء العقد الواقع مع إيجابه وقبوله كما في إجازة الفضولي... ولكن الحق كفايتها في القبول بعد مساعده معناها عليه، إذ لا فرق بينها وبين لفظ رضيت كما لا يخفى» (١).

وأشكل شيخنا الاستاذ بوجهين، الأول:

إن «أمضيت» ونحوه ألفاظ تفيده ترتب الأثر، وترتب الأثر متأخر رتبة عن المقتضى والسبب، ولولا المقتضى فلا أثر ولا ترتب للأثر. هذا من جهه.

ومن جهه اخرى: «المضى» و«الإمضاء» مثل «الوجود» و«الإيجاد» واحد حقيقة واثان اعتباراً.

وعليه، فإذا كان المضى في الرتبة المتأخره فالإمضاء كذلك، فلا يكون الإمضاء في مرتبه المقتضى، حتى يكون حكم «أمضيت» حكم «رضيت»

ص: ٦٧

حقيقه، كما ذكر السيد.

نعم، يمكن أن يكون كنايةً، لأنَّ «المضى» من لوازم تماميه المقتضى، وتماميته ب«قبلت»، فله أن يقول «أمضيت» كناية عن «قبلت» من باب ذكر اللّازم وإرادته الملزوم.

والثاني: إن المفروض كون «أمضيت» ونحوه إنشاءً لجزء السبب، ولكنّها امور منتزعه من مقام المسبب، فكيف يعقل أن ينشأ بها السبب؟

وتحصّل: استحاله أن يكون «أمضيت» بمنزله «قبلت» و«رضيت» على وجه الحقيقه، نعم، لا- مانع من ذلك على وجه الكنايه (1)(1).

ص: ٦٨

حكم ما لو أوقعا العقد بلفظ مشترك ثم اختلفا

قال الشيخ:

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول، ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل، إمّا بناءً على جواز تقديم القبول وإمّا من جهة اختلافهما في المتقدم، فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتّب الآثار المختصّة بكلّ من البيع والاشتراء على واحدٍ منهما.

أقول:

لو تلفّظ كلاهما بلفظ مشترك ولا مايز - كأنّ يكون ما بيد أحدهما نقداً فيفهم أنه المشتري - فقالا: «شريت» مثلاً، فادّعى كلّ منهما أنه البائع مثلاً، أو ادّعى كلّ منهما أنه المتقدم ولا بينه له على دعواه بناءً على وجوب تقدّم الإيجاب على القبول، أمّا بناءً على جوازه، فيقع النزاع ولا أثر للبينه، لأنّه تابع للقصد ولا يعلم إلّا من قبله، فما هو الحكم الرّافع للنزاع؟

بل يقع النزاع مع وقوع الألفاظ المختصّة أيضاً، فيقول أحدهما «بعت» والآخر «قبلت»، ثم يدّعى كلّ منهما أنه القائل «بعت».

قال الشيخ: لا يبعد الحكم بالتحالف.

وأقول:

إنّ كان ميزان الترافع أنّ يدّعى كلّ شيئاً لنفسه فينكر دعوى الآخر بالملازمه، فالمورد مصداقاً له، وحكم التداعى هو التحالف وإذا حلّفا

ص: ٦٩

تساقطاً. وأمّا إن كان الميزان هو الأثر - لا مجرد الدعويين الثبوتيين الدالّين بالملازمه على الإنكار - كما هو المختار في محلّه على ما بيّالي، فلا يكون الحكم الكلّي هو التحالف.

وعلى الجملة، فإنه ليس الحكم في جميع الموارد هو التحالف كما ذكر الشيخ قدس سرّه، وتوضيحه:

لو كان بيد أحدهما متاع وبيد الآخر حيوان، فإن قلنا بثبوت خيار الحيوان لكليهما - كما عليه السيد المرتضى (١) - لا لصاحبه فقط، فهما بالخيار، والنزاع مرتفع، وإن قلنا بثبوتيه لأحدهما الذي بيده الحيوان، فله الأخذ بالخيار ويرتفع النزاع، وإن قلنا بثبوتيه للمشتري دون البائع، كان المشتري مدّعياً للخيار والبائع منكرّاً له، فلا تداعى.

إذن، لا تداعى فيما لو كان أحد العوضين حيواناً.

نعم، لو كان العوضان كلاهما حيواناً، وقلنا بثبوت الخيار للمشتري فقط، وقع التداعى، إذ يدعى كلّ منهما أنه المشتري.

وأيضاً: إذا تبايعا وتلف مال أحدهما قبل القبض وتنازعا فقال أحدهما:

أنا المشتري، ولما تلف الثمن منى فأنا ضامن ببدله، وقال الآخر: أنت البائع، فالمعامله باطله، لأن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع، ابنتيت المسأله على ما إذا كان القبض شرطاً ضمّتيّاً للزوم المعامله، فإذا تعدّر تحقّق الخيار لمن لم يقبض، فلا تنازع أصلاً، أو لا بل يبطل العقد ويكون المرجع هو القاعده المتّخذة من الروايه كما فى المستدرک: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه

ص: ٧٠

فهو من مال بايعه» (١) - وهي وإن كانت ضعيفه سنداً، لكن المشهور عملوا بها، وقد قرّنا في الاصول أنّ عمل قدماء الأصحاب بخبرٍ ضعيفٍ إنّ أفاد الوثوق بصدوره ولو مضموناً لا- لفظاً، يوجب له الاعتبار والحجّيه، وعليه، فلو قال من تلف ماله للآخر: أنا المشتري والتالف هو الثمن، فالمعامله باقيه وعلّي دفع البديل وأنّ الذى بيدك ملكك لى، فقال: لا، بل أنا المشتري، والذى تلف هو المبيع ومقتضى التعبد بالخبر بطلان المعامله، كان أحدهما مدّعياً للانفساخ والآخر منكرأ له.

نعم، هناك نزاع آخر والأمر بالعكس، وهو فى الضمان بالبديل - مثلاً أو قيمه - فالذى تلف ماله قبل القبض يدعى الضمان والآخر منكر، إلّا أنّ هذا النزاع متأخر رتبته عن ذاك، فإذا فصل الحاكم بينهما بحسب الموازين ارتفع النزاع الثانى.

وكيف كان، فالمورد من قبيل المدعى والمنكر لا من التّداعى.

ص: ٧١

١-١) مستدرک الوسائل ١٣ / ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الرّقم: ١

اشاره

قال الشيخ:

المحكى عن جماعه... اعتبار العربيه... .

أقول:

ذكر وجوهاً:

أحدها: «التأسي» حكاه عن جامع المقاصد، لكن لا يوجد فى كلامه عنوان التأسي، فهو يقول:

«ومعلوم أن العقود الواقعه فى زمن النبى والأئمه عليهم السلام إنما كانت بالعربيه» (١).

والثانى: «الألويه» من جهه اعتبار الماضويه فى الصحه، فإنه يستلزم عدم صحته بغير العربى بالألويه.

والثالث: «منع صدق العقد على غير العربى مع التمكن من العربى».

والرابع: إنه «المتيقن من أسباب النقل».

النظر فى أدله اعتبار العربيه

فنقول:

إنه لولم تكن عندنا عمومات، فلا مناص من لحاظ كل ما يحتمل دخله فى صحه العقد، فلو وقع العقد فاقداً لشيء من ذلك، كان استصحاب عدم

ص: ٧٢

صحة العقد وعدم تحقق النقل والانتقال هو المحكم. وأمياً مع وجود العمومات، فكل ما صدق عليه عنوان «العقد» أو «البيع» يكون صحيحاً، وإن كان فاقداً لما يحتمل دخله فيها، ويدرّب عليه الآثار.

وأما التأسى، فلا يخفى ما فى الاستدلال به، فإنّ العقود وإن كانت فى زمنهم بالعربيّه إلّا أنه لم يرد عنهم الأمر بذلك. نعم، لو أنّ الامام عليه السلام أجرى العقد باللفظ العربى مع الشخص الفارسى الجاهل بالعربيّه، أمكن الاستدلال به من باب التأسى، لأنّ المعصوم كان قادراً على إجراء الصيغه بالفارسيّه ولم يفعل، ولكن لا دليل على وقوع مثل ذلك.

بل يمكن دعوى القطع بعدم اشتراط العربيّه، إذ مع شدّه الحاجه وكثره الابتلاء بذلك، لم يرد عنهم عليهم السلام به أمر، كما ورد فى الصيلاه أن «صلّوا كما رأيتمونى أصلي» (١) بل كان اللّازم أن يأمرؤا بتعلّم الصيغه بالعربى، كما أمرؤا بتعلّم القراءه فى الصلاه مثلاً... ولا يوجد دليل على شىء من ذلك أصلاً.

وأما دعوى الأولويّه، فغريبه جدّاً، فإنّ العربيّه مرتبطه بعالم اللفظ، والماضويّه متعلّقه بعالم المعنى، فلو أجرى الصيغه بأيّه لغه اعتبر أن تكون بالماضى، فكيف يدعى الأولويّه والحال هذه؟

وأما منع صدق العقد غير العربى مع التمكن من العربى، فغريب جدّاً كذلك، فإنّ صدق الكلّى على مصاديقه أمر واقعى يدور أمره بين الوجود والعدم، ولا يناط بالقدره وعدمها، نعم، لو أنه قال: لا يجوز العقد بغير العربى مع التمكن من العربى، كان التعبير صحيحاً.

ص: ٧٣

وعلى الجملة، فإن مقتضى العمومات والإطلاقات صحّ العقد بأيّ لسانٍ يصدق فيه عنوان العقد.

نعم، الظاهر عدم صحه النكاح والطلاق بغير العربى مع التمكن منه، للإجماع. قال الشيخ - فى النكاح - : «إنّ عقداً بالفارسيه، فإنّ كان مع القدره على العربيه، فلا ينعقد بلا خلاف، وإنّ كان مع العجز فعلى وجهين، أحدهما: يصح وهو الأقوى، والثانى: لا يصح» (١).

وفى التذكرة (٢): لا ينعقد النكاح إلّا بلفظ العربيه مع القدره، فلو تلفّظ بالفارسيه... عند علمائنا.. وأما إذا لم يحسن العربيه فإنّ أمكنه التعلّم وجب.... .

والحاصل: إنّ المناط صدق عنوان «البيع» و«العقد» و«التجاره»، فإذا تمّ انطبقت الكبرىات الوارده فى الكتاب والسنة، من «أوفوا بالعقود» و«أحلّ الله البيع» وغيرها، وتبقى دعوى انصرافها إلى العربى، إذ المخاطب بها هم العرب، فكان المنصرف إلى أذهانهم أنّ تكون العقود بالعربيه. قال فى الجواهر:

«وأما اعتبار العربيه للقادر عليها ولو بالتعلّم بلا مشقه ولا فوت غرض، فهو مقتضى الأصل، ضروره عدم الدليل على الاكتفاء بغيرها بعد انصراف الآيه وغيرها إلى العقد بالألفاظ العربيه، كغير المقام ممّا علّق الشارع الحكم فيه على الألفاظ المنصرفه إلى العربيه، خصوصاً بعد أنّ كان المخاطب والمخاطب عربياً وقد ارسل بلسان قومه...» (٣).

ص: ٧٤

١- ١) المبسوط فى فقه الإماميه ٤ / ١٩٤

٢- ٢) تذكرة الفقهاء ٢ / ٥٨٢

٣- ٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥٠

لكنها مندفعه، لأنَّ منشأ هذا الانصراف هو الغلبه في الوجود، إذ لا ريب في أنَّ الغالب على العقود الجارية في تلك الأزمنه هو العربيّه، وقد تقرّر في الاصول أنَّ مثل ذلك لا يوجب رفع اليد عن مقتضى العمومات والإطلاقات.

على أنه قد تقدّم في عبارته الشّيخ (١) اختيار صححه عقد النكاح بغير العربي مع العجز عنه، مع أهميّه النكاح كما هو معلوم، وفي عبارته العلامه:

«... وإلّا عقد بغير العربي» (٢) بل صاحب الجواهر نفسه (٣) يقول: «الظاهر الاجتزاء بها للعاجز عنها حتى بالتعلّم بلا مشقّه، لفحوى الاكتفاء بإشاره الأخرس، مؤيداً ذلك بعدم العثور فيه على خلاف بين الأصحاب، بل في كشف اللثام...».

فهم يقولون في النكاح بجواز عقده بغير العربي عند العجز منه وإن أمكنه التوكيل، ومعقد الإجماع على عدم الصّحّه فيه هو صورته التمكن.

على أنَّ القول باشتراط العربيّه مطلقاً، يستلزم الفساد الكثير وشيوع الفحشاء والمنكر.

وبالجملة، فإنّ عقد البيع بغير العربي جائز وفقاً للشيخ، للعمومات والإطلاقات.

ص: ٧٥

١-١ (١) المبسوط ٤ / ١٩٣

١-٢ (٢) تذكّره الفقهاء ٢ / ٥٨٢

١-٣ (٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥٠

هل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّه والهيئّه؟

قال الشيخ:

وهل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّه والهيئّه بناءً على اشتراط العربى؟ الأقوى ذلك، بناءً على أنّ دليل اعتبار العربيه هو لزوم الاختصار على المتيقّن من أسباب النقل. وكذا اللّحن فى الإعراب.

أقول:

تاره: يقصد من اعتبار العربيه أنّ لا يكون العقد بلغه اخرى غيرها، واخرى: يقصد من ذلك الصّحّه بحسب لغه العرب وقواعدها.

الظاهر اعتبار عدم اللّحن الموجب لإهمال اللفظ وخروجه عن الألفاظ العربيه المستعمله، بحيث لا يصدق عليه عنوان «العقد» و«البيع» و«التجاره» وغير ذلك، إذ فى هذه الصوره لا تنطبق عليه العمومات والإطلاقات.

وبعباره اخرى: إنه فى العقد اللفظى يعتبر أنّ يكون اللفظ الموضوع للمعنى المقصود ظاهراً فيه ولو بمعونه القرائن، ولو كان ملحوناً فى مادّته أو هيئته أو إعرابه، لأننا ذكرنا مراراً أنّ المناط هو الصدق العرفى وتحقّق الصغرى للعمومات والإطلاقات.

وتلخص: أنه لا يعتبر الفصاحه ولا الصّحّه، بل المعبر هو الظهور وإفاده المعنى بحيث يكون صغرى للكبريات.

ص: ٧٦

هل يعتبر عربيّه جميع أجزاء الإيجاب والقبول؟

قال الشيخ:

ثم هل المعتبر عربيّه جميع أجزاء الإيجاب والقبول كالثمن والمثمن، أم تكفى عربيّه الصّ يغه الدالّه على إنشاء الإيجاب والقبول...؟ والأقوى هو الأوّل، لأن غير العربي كالمعدوم... .

أقول:

إنما يشبه بالمعدوم ما يكون لغواً محضاً ولا يفيد معنى أصلاً، أمّا مع اختياره عدم اعتبار العربيّه، فأى ضمير فى انضمام اللفظ غير العربى إلى العربى، وتركب الكلام من لغتين؟

لقد كان هذا الكلام منه بعيداً جداً.

قال:

نعم، لولم يعتبر ذكر متعلّقات الإيجاب كما لا- يجب فى القبول، واكتفى بانفهامها ولو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثانى، لكنّ الشهيد... نصّ على وجوب ذكر العوضين فى الإيجاب.

أقول:

إنه يمكن القول - فيما إذا تقاولا- من قبل وتعيّن الثمن والمثمن - بكفايه قول الموجب «بعت» والمشتري «قبلت»، بلا- ضروره لذكر الثمن والمثمن والمتعلّقات فى الإيجاب والقبول، وعلى فرض موافقه للشهيد فيذكران، أمّا اعتبار العربيّه فى ذلك، فبأى دليل؟ وإلحاقه بالمعدوم بأى وجه؟

ص: ٧٧

هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ؟

قال الشيخ:

هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ...؟ الظاهر هو الأول، لأنَّ عربيَّه الكلام ليست باقتضاء نفس اللفظ بل بقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب... .

أقول:

تاره: هو لا يدري معنى «بعت» من حيث المادّه، واخرى: لا يدري معنى هيئته «بعت». وعلى كلّ تقدير، تاره يقول: «أبيع» قاصداً معنى البيع، واخرى يقول: «بعت» بماله من المعنى، وثالثه يقول: «بعت» قاصداً للبيع، مع جهله بالفرق بينه وبين «أبيع».

فإن كان جاهلاً بمعنى «بعت» من حيث المادّه أو الهيئته، غير أنه يقصد ماله من المعنى فى الواقع، فهذا باطل، لا لما ذكره الشيخ، بل لأنه إذا جهل المعنى الواقعى وَقَصِدَ المعنى الإجمالى، لم يتحقق إنشاء البيع، إذ البيع عباره عن تملك خاص، وقصد الفرد بقصد الكلى الطبيعى الجامع بينه وبين غيره غير معقول، وإنما الجامع بلا خصوصيه عدم محض، وحينئذٍ، فإنه لم يتكلم بشىء، ولم يتحقق منه إنشاء أصلاً، لا أنه لم يتكلم بالعرييه كما ذكر الشيخ.

ولو قال «أبيع» قاصداً معنى البيع، لم يتكلم بالعرييه كما قال الشيخ، إذ ليس معناه ذلك، فهو باطل.

ولو قال «بعت» جاهلاً بمعناه مادّه وهيئته إلّا أنه قصد البيع به، فقد تكلم بالعرييه وقصد المعنى الموضوع له اللفظ وهو البيع، فجميع جهات الصحه

ص: ٧٨

موجوده، وقول الشيخ ببطلان هذه الصوره في غير محلّه، إذ لا دخل لعلمه بكون «البيع» هو المعنى الموضوع له لفظ «بعت»، في صحه العقد، ولذا لا- يضرّ جهله بذلك ولا- يخرج الكلام عن العربيّه. وبعبارة اخرى: ليس من شرط مصداقيّه اللفظ العربي - المستعمل في معناه الموضوع له - للعربيّه، أن يكون المتكلّم عالماً بكون ذلك المعنى هو الموضوع له اللفظ الذي تكلم به، نظير ما إذا أكرم زيدا العالم جاهلاً بكونه عالماً، فإنه يصدق عليه عنوان إكرام العالم حقيقةً.

فظهر أن الصحيح هو البطلان في الصوره الاولى، لكن لا للعلة التي ذكرها الشيخ، والبطلان في الثانيه، للعلة المذكوره، والصحّه في الثالثه خلافاً له.

بل يمكن القول بالصحّه في الثانيه أيضاً، لأن المناط في المعاملات أن ينتقل الطرف إلى المعنى المقصود للمتعامل، وذلك عن طريق التلازم الموجود، فإذا كان المخاطب عالماً بالوضع والملازمه المذكوره، فإنه بمجرد سماعه للفظ ينتقل منه إلى المعنى، لأن العلم بأحد المتلازمين علم بملازمه، وكذا لو لم يكن هناك وضع وعلم بالمعنى الموضوع له، بل استعمل اللفظ مجازاً وكانت دلالته على المقصود بالقرائن، لوحده الملازمه، وهو أن العلم بأحد المتلازمين علم بملازمه، فإنه يحصل الانتقال إلى المعنى كذلك إذا كان السامع عالماً بالقرائن الملازمه للمقصود.

وعليه، فلو قال «أبيع» ونصب القرينه - لفظيّه أو حالية أو مقاميّه - على إرادته معنى البيع، - وكان السامع عالماً بالملازمه كما تقدّم - كان العقد صحيحاً وترتب عليه الأثر، وإن كان لم يتكلم بالعربيّه.

قال الشيخ:

المشهور - كما عن غير واحد - اشتراط الماضيه، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك، أو اشتر مني. ولعله لصراحته في الإنشاء... .

أقول:

اعترض (1) على قوله «لصراحته في الإنشاء» بأنه لا فرق بين الماضي والمستقبل في حيشه الإنشاء، لأن الإخبار والإنشاء من وجوه الاستعمال وكيفياته، لا أنهما من مداليل اللفظ، فالقول بأن الفعل الماضي صريح في الإنشاء، موهم لأن يكون الإنشاء مدلولاً له وأن المضارع ليس كذلك، والحال أن الإنشاء لا علاقه له بعالم المعنى الموضوع له اللفظ.

وهذا الاعتراض بظاهره وجيه، ولكن يمكن تقريب كلام الشيخ بحيث لا يرد عليه ذلك، بأن يقال:

قد قررنا في الاصول أن الفعل دائماً مُركب من الماده والهيئه، الماده معني اسمي يدل على نفس الحدث، وأما الهيئه - وقوام الفعل بها - فتدل على النسبه، والزمان خارج عن مفهوم الفعل ومدلوله، أما الماده، فعدم دلالتها على الزمان واضح، وأما الهيئه فمعناها نسبي والزمان معني اسمي، فلا يعقل كونه مدلولاً للهيئه. وما يقال من أن «فعل» يدل على الماضي و«يفعل» يدل على الحال والاستقبال، فالمراد منه الدلاله الالتزاميه، لا أن الزمان داخل في

ص: ٨٠

مفهوم الفعل وحقّ معناه.

ثم إنّ الفعل الماضى تدلُّ هيئته على نسبه المبدء المتحقق الموجود فى الخارج إلى فاعله، والمضارع يدلُّ على نسبه تلبس الفاعل بالمبدء، ولذا إن وقع الماضى فى حيز الإخبار، حكى عن المادّة المنتسبه إلى الفاعل نسبه التحقّق والوجود، ودلّ بالملازمه على المضىّ بالنسبه إلى حال التكلّم، وإن وقع المضارع فى حيز الإخبار، حكى عن تلبس الفاعل بالمبدء إمّا الآن وإمّا فيما بعد، ولذا اشتهر كون المضارع مشتركاً بين الحال والإستقبال.

وأما الإنشاء، فإن أنشأ المادّة المنتسبه بالنسبه التحقّقيه أى الفعل الماضى، فلا زمان لعدم الحكايه، ولذا يكون الماضى صريحاً فى الدلاله، وإن أنشأ المادّة المنتسبه إلى الفاعل بالنسبه التلبسيّه وهو الفعل المضارع، ناسب الحال والإستقبال، ولتردّده بين الزمانين فلا يكون الإيجادُ بالفعل، فلذا ليس للمضارع صراحه.

هذا كلّه على مبنى المشهور.

وأما على مبنى الميرزا الاستاذ، فهيهه «يفعل» موضوعه للنسبه التلبسيّه، وهى ظاهره فى الفعلية، فلو اريد منه الاستقبال فلا بدّ من الإتيان بالسين أو سوف أو كلمه الغد مثلاً، فالمضارع ليس مشتركاً، ولذا أفاد فى البحث بأنه إذا أنشأ الماضى فقد أنشأ النسبه التحقّقيه فهو يفيد التحقّق بالمطابقه، وإذا أنشأ المضارع فإنّ حيشه التلبس ملازمه للتحقّق وليست نفس التحقّق، فالدلاله التزاميه، فالإنشاء بالماضى يكون صراحهً وبالمضارع يكون بالكنايه، وحيث أنه لا يرى إنشاء العقده بالكنايه، فهو لا يجوزّه بالفعل المضارع.

وبما ذكرنا ظهر مراد الميرزا الاستاذ، وكذا مراد شيخنا الاستاذ وإن كان

ظاهر عبارتہ مخدوشاً (۱).

ص: ۸۲

قال الشيخ:

وعن القاضى فى الكامل والمهذب: عدم اعتبارها، ولعله لإطلاق البيع والتجاره وعموم العقود، وما دلّ فى بيع الآبق واللبن فى الصّرع من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دلّ عليه فى النكاح. ولا يخلو هذا من قوه... .

أقول:

استدلّ للقول بعدم اعتبار الماضويّه بوجوه:

١ - إطلاق البيع، وهو قوله تعالى: «أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) والتجاره، وهو قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (٢) وعموم العقود، وهو قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣)

وكأنّ الأصل فى ذلك كله هو وقوع العقود بصيغه الفعل الماضى، وقّله وقوعها بغيره، فلما رأوا ذلك علّوه بوجود الصّراحه فيه دون غيره، فاعتبروا الماضويّه بل ادّعى عليه العلامه الإجماع.

لكنّ الشبهه فى كلّ من المضارع والأمر - بعد التسليم - تندفع بقيام القرينه، فتكون الصّيغه حينئذٍ ظاهره فى إرادته الإيجاب، وقد تقدّم كفايه ذلك كما تقدّم صحّته بالكنايه. هذا بقطع النظر عن العمومات والنصوص الخاصّه. وبما ذكرنا ظهر أنّ الإجماع المذكور ليس الإجماع الحجّج الكاشف عن رأى المعصوم أو الدليل المعتمد.

ص: ٨٤

١-١) سورة البقره: ٢٧٥

٢-٢) سورة النساء: ٢٩

٣-٣) سورة المائده: ١

٢ - ما دلّ في بيع الآبق واللبن في الضرع، وهو نصوص، نذكر بعضها تيمناً:

عن رفاعه، قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، قلت له: «أصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقه وأعطيتهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها شيئاً، ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم:

أشتري منكم جاريتكم فلانه وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإن ذلك جائز» (١).

وعن سماعه عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله - قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ويقول: اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه» (٢).

وعن سماعه قال: «سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ قال: لا إلا أن يحلب لك منه سكرجه فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في السكرجه وما في ضروعها بئس مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجه» (٣).

٣ - فحوى ما دلّ عليه في النكاح، وهو أخبار، منها:

عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا

ص: ٨٥

١ - ١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٣، باب عدم جواز بيع الآبق منفرداً، الرقم: ١

٢ - ٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٣، الرقم: ٢

٣ - ٣) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٤٩، باب جواز بيع اللبن في الضراع، الرقم: ٢٠. والسكرجه كما في مجمع البحرين: بضم السين والكاف والراء والتشديد: إناء صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الادم

خلوت بها؟ قال تقول: أتزوجك متعاً على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله لا وارثه ولا موروثه كذا وكذا يوماً... فإذا قالت: نعم فقد رضيت، وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها» (١).

وعن ثعلبه قال «تقول: أتزوجك متعاً على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله نكاحاً غير سفاح...» (٢).

وعن هشام بن سالم قال قلت: «كيف يتزوج المتعه؟ قال تقول: يا أمه الله، أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً...» (٣).
وإذا جاز ذلك في النكاح ففي غيره بالأولوية.

ص: ٨٦

١-١) وسائل الشيعة ٢١ / ٤٣، الباب ١٨ من أبواب المتعه، الرقم: ١

٢-٢) نفس المصدر، الرقم: ٢

٣-٣) نفس المصدر، الرقم: ٣

مسأله لزوم تقديم الإيجاب على القبول

اشاره

قال الشيخ:

الأشهر - كما قيل - لزوم تقديم الإيجاب على القبول،... ولعله الأصل بعد حمل آيه وجوب الوفاء على العقود المتعارفه كإطلاق البيع والتجاره فى الكتاب والسنة.

أقول:

فيه ثلاثه أقوال:

الأول - وهو الأشهر - عدم جواز تقديم القبول مطلقاً.

والثانى: الجواز. قال به بعض الأكابر.

والثالث: عدم الجواز إن كان بلفظ قبلت ورضيت وبصيغه الأمر، وإن كان بلفظ اشترت وابتعت وتملكت، فالجواز. واختاره الشيخ.

دليل القول بلزوم التقديم

استدلّ للأول:

بأن آيه الوفاء (١) وإن دلت على الصحه، لأن وجوب الوفاء يدلّ بالملازمه على الصحه، إذ لا يعقل الأمر بالوفاء بما هو غير صحيح، لكنّ اللام فى «العقود» للعهد كما يستفاد من كلمات صاحب الرياض أيضاً (٢)، فتكون

ص: ٨٧

١-١ (١) سورة المائده: ١

١١٤ - ١١٣ / ٨ - ٢ (٢) رياض المسائل

الآية مختصه بالعقود المتداولة في عصر نزولها، فما لم نتيقن بكون العقد مع تقدّم القبول من العقود المتعارفه في ذلك العصر، لا يمكننا القول بصحته ووجوب الوفاء به، ولعلّ هذا مراد شيخ الطائفة من أنّ البيع مع تقديم الإيجاب «مجمع على ثبوت العقد به» (١).

وبالجملة، لَمَّا كانت اللّام للعهد، أي العقود المتعارفه، فإنّ العقد مع تقديم الإيجاب متيقن دخوله تحت الآية، وأما مع تقديم القبول فمشكوك فيه، فلا دليل على صحته.

وربما يشكل في عموم الآية، بالعلم الإجمالي بالتخصيص، فإنه مانع من التمسك بعمومها، وكذا الكلام في الآية «أحلّ الله البيع» (٢) للعلم الإجمالي بالتقييد.

قال الشيخ:

وزاد بعضهم: أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه، وأنه تابع له فلا يصحّ تقدّمه عليه.

أقول:

ظاهر العبارة أنه وجهان، أحدهما: الفرعيّ، والآخر: التبعية، لكنّه في عباراتهم وجه واحد، وكيف كان، فكأنّ الأصل في المعاملات هو الإيجاب لأنه الأساس، لأنّ الموجب يملك ماله بعوض، فهو الذي يخرج المال عن ملكه ويدخل مال المشتري في ملكه، والذي يكون من المشتري هو مجرد

ص: ٨٨

١- ١) كتاب الخلاف ٣ / ٤٠

٢- ٢) سورة البقرة: ٢٧٥

الرّضا بما فعله البائع، لذا يكون قبوله فرعاً لإيجاب البائع، والفرع لا يتقدّم على الأصل.

ولعلّ مراد الشّيخ من التبعيّة: أن القبول مضاف إلى البيع، والمضاف تابع للمضاف إليه، كما هو واضح، فلا بدّ من وجوده حتّى يضاف إليه، وعليه، يكون الإيجاب هو المتقدّم.

دليل القول بعدم اللزوم

واستدلّ للثاني:

بآية الوفاء، لكون اللّام فيها للعموم، وأنه لا وجه لحملها على العهد، وكذا آية الحلّ لكونها مطلقه، فتشمل جميع أفراد البيع، فكلّ عقد صدق عليه عنوان العقديّه يجب الوفاء به، وكلّما صدق عليه عنوان البيع فهو حلال يترتّب عليه الأثر، والصّيدق في كليهما مع تقديم القبول على الإيجاب حاصل.

وعليه، فكلّ ما قام الدليل على خروجه من تحت آية الوفاء تخصيصاً أو آية الحلّ تقييداً، سقط الاستدلال بالآيتين بالنسبة إليه، ويبقى ما عداه مشمولاً لهما، فالعلم الإجمالي منحلّ.

وبفحوى ما ورد في النكاح من تقدّم القبول، لأن النكاح أهمّ من البيع، ولذا ذكر بعض النصوص بالإضافه إلى ما تقدّم:

عن سهل بن سعد الساعدي: «إنّ النبي صلّى الله عليه وآله جاءت إليه امرأه فقالت: يا رسول الله، إنى قد وهبت نفسي لك، فقال: لا إربه لى فى النساء، فقالت: زوّجنى بمن شئت من أصحابك، فقال صلّى الله

عليه وآله: يا رسول الله زوّجنيها، فقال: هل معك شيء تصدقها؟ فقال: والله ما معي إلّارداثي هذا. فقال صلى الله عليه وآله: إن أعطيتها إياه تبقى ولا- رداء لك، هل معك شيء من القرآن؟ فقال: نعم، سورة كذا وكذا، فقال: زوّجتها على ما معك من القرآن» (١).

وعن العلاء بن رزين عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «جاءت امرأه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوّجني، فقال رسول الله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: ما تعطيتها؟ فقال: لا. قال: فأعدت، فأعاد رسول الله الكلام، فلم يقدّم أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله في المرّة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، فقال: قد زوّجتها على ما تحسن من القرآن فعلمها إيّاه» (٢).

وظاهر كلام الشيخ في المبسوط في باب النكاح عدم الخلاف في صحّته بين الإماميه (٣).

التفصيل بين ألفاظ القبول

قال الشيخ:

والتحقيق: أنّ القبول: إمّا أن يكون بلفظ قبلت ورضيت، وإمّا أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب، نحو: بعني، فيقول المخاطب: بعتك، وإمّا أن يكون بلفظ

ص: ٩٠

١-١) مستدرک الوسائل ١٥ / ٦١، باب جواز كون المهر تعليم شيء من القرآن، الرّقم: ١

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٠ / ٢٦٢، الباب ١ من أبواب عقد النكاح، الرّقم: ٣

٣-٣) المبسوط في فقه الإماميه ٤ / ١٩٤

اشتریت وملکت - مخفّفًا - وابتعت.

فإن كان بلفظ قبلت، فالظاهر عدم جواز تقديمه.

أقول:

ليس منعه من تقديم «قبلت» ونحوه من جهه كونه مطاوعه، بل إنه يصرح بذلك في أواخر كلامه إذ يقول: «المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطاوعه وقبول الأثر، فلا».

وإنما قلنا ذلك: لأن المحقق الخراساني أشكل على الشيخ (١) بأن القبول إن كان مطاوعه للإيجاب، فلا فرق بين أن يكون بلفظ «قبلت» أو «اشتریت»، وإلّا فلا فرق كذلك.

ويردّه:

إنّه لا نظر للشيخ إلى هذه الجهه أصلاً حتى يورد عليه بما ذكر.

ص: ٩١

وستعرض لكلام الميرزا الاستاذ أيضاً.

وتوضيح كلام الشيخ في المقام:

إنه يستدلّ أولاً بعدم الخلاف على عدم جواز التقديم بلفظ «قبلت» قال:

المحكى عن الميسيه والمسالك ومجمع الفائده أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ «قبلت». وهو المحكى عن نهايه الأحكام وكشف اللثام في باب النكاح، وقد اعترف به غير واحدٍ من متأخري المتأخرين أيضاً. بل المحكى هناك عن ظاهر

ص: ٩٢

التذكـره الإجماع عليه.

وظاهره الاعتماد على هذا الإجماع.

واستدلّ ثانياً بأنه «خلاف المتعارف من العقد».

وهذا - بظاهره - ينافى ما تقدّم منه من القول بعموم آيه الوفاء وإطلاق آيه الحلّ وغير ذلك.

ويمكن توجيهه: بأنّ المتعارف عند العقلاء تقديم الإيجاب على القبول، وتقديم القبول على خلاف ديدينهم، وكلّما يرد من الشارع - إمضاءً أو تأسيساً - فهو على طبق الموازين العقلانيه، خاصّة أن المورد من الإمضاء.

وبعباره اخرى: إذا كانت السيره العقلانيه قائمه على تقديم الإيجاب، وأنّ تقديم القبول على خلاف سيرتهم، فقد تحقّق المخصّص والمقيّد اللبّي للآيتين.

فهذا توجيه كلامه هنا.

واستدلّ ثالثاً: إنّ القبول الذي هو أحد ركنى عقد المعاوضه فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه.

وليس المراد....

بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضيه.

يعنى: إنّ الدلاله الائتمانيه على طبق اللّازم والملزوم، ونقل المشتري ماله إلى البائع بدلاله رضاه بإيجاب البائع دلاله التراميه، إذن، يلزم رضاه بما فعله البائع، ولازم هذا الرضا هو انتقال ماله إليه، وإذا لم يكنْ إيجابٌ من قبل فلا ملزوم، فلا دلاله التراميه، فلا نقل فى الحال على وجه العوضيه.

ص: ٩٣

هذا شرح كلامه وبيان مرامه.

ولكن ما الدليل على كون الرضا بالنقل «في الحال»؟

وحقيقه الأمر: أن البائع ملك ماله للمشتري وتملك مال المشتري إنشاءً، فإذا رضى المشتري، يكون ما فعله البائع فعلياً، فالفعلية تحصل بتمامية السبب.

وعليه، فإن فعلية البيع وترتب الأثر يدور مدار تمامية السبب، وهو مركب من إيجاب البائع المفيد لنقل ملكه إلى المشتري وإدخال مال المشتري إلى ملكه، ورضا المشتري بما فعله البائع، من غير فرق بين تقدم الإيجاب على القبول وتقدم القبول على الإيجاب، لأنه إن كان القبول متأخراً فلا كلام، وإن كان متقدماً فهو ينشأ رضاه بمضمون الإيجاب المتأخر من البائع، فإذا جاء الإيجاب تم السبب المؤثر، فما ذكره الشيخ مردود.

وأما ما ذكره من الفرعية، فعجيب منه جداً، نعم، الرضا بشيء فرع له وكل مضاف تابع للمضاف إليه، ولكن هذا التقدم والتأخر طبعي وهو أجنبي عن التقدم والتأخر الزماني، ولا مانع من أن يكون المتأخر الطبعي متقدماً زماناً، وإن كان تقدمه بملاك الطبعية - بأن يتقدم المتأخر الطبعي على المتقدم الطبعي وبالعكس - غير معقول.

فظهر ما في كلام الشيخ كذلك.

قال الشيخ:

ومن هنا يتضح فساد ما حكى عن بعض المحققين في ردّ الدليل المذكور وهو كون القبول فرع الإيجاب وتابعاً له... .

والإنصاف أن ما ذكره بعض المحققين (١) من أنه ليس تبعيّه القبول للإيجاب تبعيّه المعطوف للمعطوف عليه، وتبعيّه قصد المقدمه لقصد ذى المقدمه، متين، فإنها تبعيّه طبعيّه كما عرفت.

أمّا قوله:

وإنما هو على سبيل الفرض والتنزيل

فغير صحيح، فإنّ القابل لا يجعل نفسه متناولاً، بل الموجب جعل القابل كذلك.

وتلخص:

إننا لا نوافق على قول الشيخ باعتبار النقل في الحال وامتناع التقدّم من جهه الفرعيّه، ولا على قول بعض المحققين من أنّ التبعيّه هي على سبيل الفرض والتنزيل.

بحث مع المحقق النائيني

وذهب الميرزا الاستاذ قدس سرّه إلى عدم جواز تقدّم القبول على الإيجاب مطلقاً، وملخص دليله هو:

إن الأمر كلّه في المعامله بيد الموجب، ولا- يكون من القابل إلّا القبول والمطاوعه لما فعل الموجب، هذا من جهه، ومن جهه اخرى، فإنّ «قبلت» مطاوعه بالصّيراحه، و«اشتريت» مطاوعه تضمّناً، فكلاهما مطاوعه، ولولاها لَمَا تحقّق العقد، لأنّ قوام العقديّه هو الإيجاد من طرفٍ والمطاوعه له من

ص: ٩٥

الطرف الآخر والقبول له. وعلى ما ذكر، فالقبول بالنسبة إلى الإيجاب نظير الإنكسار بالنسبة إلى الكسر، فكما لا يتقدم الإنكسار على الكسر، كذلك لا يتقدم القبول على الإيجاب، لأنه قبولٌ للتبديل الحاصل من الموجب، والقبول في حال عدم التبديل غير معقول، لأنه كالإنكسار بلا كسر.

إذن، لا يجوز تقدم القبول على الإيجاب، سواء كان بلفظ «قبلت» أو بلفظ «اشتريت» ونحوهما.

أقول:

لا- يمكن المساعدة على ما أفاده بوجه، لأن الواقع من طرف البائع هو تبديل ماله بمال المشتري إنشاءً، فإذا تحقق تحقق التبديل إنشاءً وفي عالم الاعتبار كذلك، وأمّا المشتري، فإنه إنما يقبل ما كان ويرضى به، وليس في طرفه انفعال أصلاً، حتى يشبهه القبول بالإنكسار، فيقال بعدم معقوليه تقدمه على الإيجاب.

وأما أن قبول الشيء يتوقف على وجود ذلك الشيء لا محاله، فهذا حق، إذ لا يصلح المعدوم بقولٍ مطلق لأن يتعلّق به القبول، ولكنّ متعلّق الرضا هو التبديل أو التبادل بين المالين، فلو تقدّم الرضا وجاء التبديل والعذر والتوبه مثلاً، حيث أن المقصود من قبول العذر هو الرضا بمضمون كلامه في مقام الاعتذار، وإذا كان هذا معنى القبول، فلا فرق بين أن يكون الرضا بشيء موجود بالفعل أو بأمرٍ سيوجد في وقتٍ متأخر.

ولو سلمنا أن «القبول» مفهوم لا يتعلّق إلّابما هو موجود بالفعل، فإنّ «رضيت» ليس كذلك، فإنه يتعلّق بما هو موجود بالفعل وبما هو متقدم وبما هو متأخر، فلماذا ينفي جواز تقدم القبول مطلقاً؟

ص: ٩٤

بقي من أدله الشيخ:

الإجماع على عدم جواز تقدّم «قبلت» ونحوه.

وفيه: إنه ليس من الإجماع الحجّه، ويحتمل قوياً استناده إلى الوجوه الأخرى.

وأما أنّ التقدّم خلاف المتعارف.

فإن كان نظره إلى أنّ العمومات والمطلقات إمضاء للعقود المتعارفه، فيمكن الموافقه عليه، لتأخر القبول عن الإيجاب في العقود المتعارفه، ولكن لا- دليل على دعوى كونها إمضاء للعقود المتداوله فقط، بل هي عمومات وإطلاقات شامله لجميع العقود إلّما خرج بالدليل.

وإن كان نظره إلى مقتضى المطاوعه، فقد عرفت الجواب عنه.

كما تقدّم الكلام على قضيه الفرعيّه بالتفصيل.

كما ظهر أنّ لا- أساس للقول بأنّ القابل ناقل للمال حالاً، لما عرفت من أنه لا يكون من القابل نقلً لا بالمطابقه ولا بالتضمّن ولا بالالتزام، بل الحاصل منه هو الرضا فقط.

ولو تنزّلنا وقلنا بأنه ناقل بالالتزام، فالجواب هو: إنّ المدلول الالتزامى تابع للدالّ على الالتزام، وهذا الالتزام ناشئ من رضاه بما فعل البائع، فهو ليس بناقل بالفعل بل هو ناقلٌ من حين الإيجاب، لو كان ناقلًا.

مضافاً إلى ما تقدّم من أنّ مقام الإنشاء غير مقام فعلية الأثر، فإذا تقدّم القبول كان تماميه السبب بمجئ الإيجاب، فيصير الأثر فعلياً.

المختار في المقام

ملخص المختار ومحصل المطلب:

إنَّ العقد ارتباط عهدٍ بعهدٍ، ولولا الارتباط يكون إيقاعاً. فإنَّ كان معاملته اشترط وجود عنوان العوضيه والمعوّضيه، والمعاوضه تتحقّق من أحدهما وهو الموجب، وأمّا القابل، فليس الصادر منه إلّا الرضا بما فعل الموجب، فيكون رضاه هو الرابط المحقّق لعنوان العقدية، وللمعاوضه الحاصله من البائع، سواء كانت قبل الرضا أو بعده، فأى مانع من الرضا بالمعاوضه والمبادله بين الشئين الحاصله بعده؟ فكما تقرّر في الواجب المعلق والواجب المشروط صحّه الإنشاء الفعلى للمنشأ المتأخّر - وإنما أنكرنا الواجب المعلق من جهه أنّ حقيقه الحكم عبارته عن البعث، ولا- يعقل وجود البعث في وقت لا- يوجد الانبعاث، لكون البعث والانبعاث متضائفين والمتضائفان لا- ينفكّان في القوّه والفعلية - نقول: بصحّه الرضا والقبول للمبادله والمعاوضه الحاصله فيما بعد.

فالحق: جواز تقدّم القبول على الإيجاب مطلقاً.

الكلام في تقدّم القبول بلفظ الأمر

قال الشيخ:

وممّا ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقدّم القبول بلفظ الأمر كما لو قال: بعنى هذا بدرهم فقال: بعثك... وأمّا ما يظهر من المبسوط... وأمّا فحوى جوازه في النكاح... .

ص: ٩٨

أقول:

خلاصه كلامه: أن طلب الشيء أمرٌ والرضا به أمرٌ آخر، فمجرد الطلب لا يدلّ على القبول والرضا، فلا يجوز القبول بصيغه الأمر مطلقاً، أما بعد الإيجاب، فلعدم الموضوع بل هو تحصيل الحاصل، وأما قبله، فللمحذور المذكور. فلا قابليه لصيغه الأمر للقبول في العقد.

وقد وافقه الميرزا الاستاذ قدّس سرّه على المنع، لأنّ القبول هو المطاوعه، والأمر ليس كذلك كما واضح، فلا يصلح لأن يقع قبولاً.

فأما ما أشار إليه الشيخ هنا أيضاً من ضروره كون القبول نقلاً في الحال، وصيغه الأمر لا تدلّ على ذلك، فقد عرفت أن لا دليل على اعتبار زمان الحال، ولا دلاله للإيجاب ولا للقبول عليه، فلا وجه للقول بأنّ القبول عبارته عن الرضا بالنقل حالاً.

ثم إن هنا نقاطاً:

(الاولى) إن جميع الصفات النفسانيه التعلّقيه من التمني والترجى والحبّ والعلم وأمثالها، يستحيل وجودها من دون المتعلّق، فلولا وجود الشيء لما تحقق رجاؤه والعلم به وتمنيّه وهكذا... والمتعلّق لا يعقل أن يكون في الخارج وإنّما هو صورته ما في الخارج، لما تقرر في محله من أن الخارج لا ينقلب ذهنياً والذهن لا ينقلب خارجاً.

وعليه، فالذي يتعلّق به الرضا ليس هو الموجود في الخارج، وإنّما صورته الشيء المطابقه لما في الخارج، وهل يعتبر أن يكون ما في الخارج موجوداً بالفعل حتى يتعلّق الرضا بصورته؟ كما، لا- يعتبر، وإلّا لاستحال تمني وترجى الشيء المتأخر والشوق إليه وهكذا....

ص: ٩٩

(الثانيه) إنّ المشتري لما يقبل فعل البائع، وهو تبديل الشيء بالشيء، هل يقبل التبديل - أى المعنى المصدرى - أو التبدّل، أى المعنى الاسم المصدرى؟ فإذا أمر بالبيع قائلاً «بمعنى هذا بهذا»، هل يكون راعياً فى التبديل من البائع أو فى تبدل ماله بمال البائع؟

الظاهر عدم الفرق، لأنّ التبديل عين التبدّل، إنما يختلف الحال فى الغرض، فتارةً: يتعلّق بالحيثية الصدوريّه كما لو قال الأب لولده: صلّ، فإنّ غرضه متعلّق بإيجاد الولد للصلاه وإن كان مشتاقاً إلى وجودها أيضاً، لاتّحاد الوجود مع الايجاد، وتارةً: يتعلّق بأصل الفعل ولا- نظر له إلى الحيثية الصدوريه، كما لو كان عطشاناً وقال لغيره: اسقنى، فإنّ غرضه متعلّق بشرب الماء ورفع عطشه، ولا دخل لصدور السقايه من خصوص الشخص فى غرضه، بل تصديّه للفعل مقدّمه لحصول الغرض.

وعليه، فلو أمر بالبيع فى مقام القبول، لم يكن فرق بين أن يكون راضياً بالتبديل أو بالتبدّل، نعم، ربما يفترق الحال من حيث الغرض، فقد يتعلّق بالحيثية الصّيدوريه أى التبديل من الشخص، إلّا أنها لا تنفكّ عن المعنى الاسم المصدرى وهو التبدّل كما تقدّم... وكيف كان، فإنه يدلّ على الرضا بالمبادله بين الثمن والمثمن.

(الثالثه) قدّمنا أن العقد هو العهد المرتبط بالعهد، وأنّ رضا المشتري بالمبادله بين المالين من طرف البائع هو الرّابط بين العهدين، ولا ريب فى عدم كفايه الرضا الباطنى فى تحقق العقد اللفظى، فلا بدّ من إظهاره لفظاً.

وهل يعتبر أنّ يكون هذا الرضا المبرز باللفظ متأخراً عن الإيجاب؟

وهل يعتبر أنّ يكون بلفظ خاص؟

وهل يعتبر أن تكون دلالتة مطابقته؟

الحق: أنه لا دليل على اعتبار شيء من ذلك.

فيجوز أن يكون القبول بصيغته الأمر المتقدّم، وتشمله العمومات والإطلاقات (١)، والإجماع المدعى ليس بحجّه، وقضيه المطاوعه قد تقدم الكلام عليها.

الكلام في تقدم القبول بلفظ اشترت ونحوه

قال الشيخ:

وإن كان التقديم بلفظ اشترت أو ابتعت أو تملكّت أو ملكت هذا بكذا، فالأقوى جوازه... .

ص: ١٠١

أقول:

قد منع الشيخ من تقدّم قبلت، لأنّ القبول يتضمّن النقل بالفعل، فلو تقدّم لم يتضمّنه فلا يجوز، ومنع إذا كان بصيغته الأمر، لأنه مجرد طلب وليس بنقلٍ.

أمّا في اشترت ونحوه فقال: الأقوى جواز تقدّمها، لأنه لما يقول اشترت هذا الكتاب بدرهم، ينشأ تملك مال الآخر وينقل ماله إلى صاحبه بالفعل عوضاً عن ماله الذي أدخله في ملكه، فلما قال البائع «بعت»، فقد أخرج كتابه عن ملكه وأدخل الدرهم في ملكه، فإنشأؤهما في الإدخال والإخراج متعاكسان، فذاك يدخل الكتاب بالصراحة في ملكه ويخرج الدرهم عن ملكه بالالتزام، والبائع يخرج بالصراحة ويدخل بالالتزام.

فهنا إنشاءان، والإنشاء المتقدم انشاء للمعاوضة نظير إنشاء البائع، فكما أن البائع ينشأ ملكيه الكتاب معوضاً بالدرهم، كذلك المشتري، غير أنه إن كان متأخراً فهو قبول، لأن عنوان «المطاوعه» يتحقق مع التأخر، لأن «الاشتراء» افتعال، وأمّا مع التقدم فلا، ولذا قال:

فكلّ من رضيت واشترت بالنسبه إلى إفاده نقل المال ومطاوعه البيع عند التقدم والتأخر متعاكسان.

ثم تعرّض لسؤالٍ مقدّر هو: إنه إذا كان «اشترت» في صورته تأخره قبولاً، فلم لا يكون قول البائع متأخراً «بعت الكتاب بدرهم» قبولاً للاشتراء المتقدم؟

فأجاب: بأنّ القبول إنما يكون ممّن يخرج العوض عن ملكه، والكتاب معوض، فما قاله إيجاب لا قبول.

ص: ١٠٢

فيتوجّه عليه حينئذٍ الاشكال الذى طرحه بقوله:

فإن قلت: إنّ الإجماع على اعتبار القبول فى العقد يوجب تأخير قوله:

اشتريت، حتى يقع قبولاً، لأن إنشاء مالكته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له، يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون اشتريت متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم...

أى: إنه لَمَّا لم يكن «اشتريت» المتقدم مطاوعه، وإنما يكون مطاوعه إذا تأخر، وكان قول الفقهاء بأن «اشتريت» قبولاً محمولاً على غلبه تأخره، بل عن بعضهم أنه ليس قبولاً حقيقه وإنما هو بدل، فهو فى صورته التقدّم لا يعتبر قبولاً، فهو إيجاب، ولَمَّا كان إنشاء البائع إيجاباً وليس بقبول كذلك، كان المتحقق إيجابان، وهذا خلاف الإجماع القائم على اعتبار القبول فى كلّ عقدٍ من العقود، وعلى هذا، فيجب تأثير «اشتريت» حتى يقع قبولاً ليتحقق العقد.

وبعبارة موجزه:

كلّ عقد لابدّ فيه من القبول، واشتريت متأخراً قبول دون كونه متقدماً، فلا بدّ من أن يكون متأخراً.

ووجه قول الشيخ بأن اشتريت المتأخر قبول وإذا تقدّم فليس بقبول، مع أن مفاد هيئه الافتعال هو القبول، هو: إن باب الافتعال قبول للمبدء، لكنّه ليس دائماً قبولاً للمبدء الذى يوجد الغير، فقد يوجد الشخص نفسه كما فى «اختفى» ونحوه، وقد بينا هذا سابقاً بالتفصيل، فقبول المبدء غير قبول المعاوضه.

ص: ١٠٣

فأجاب عن الإشكال بقوله:

قلت: المسلّم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمّا وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمّن للمطاعه وقبول الأمر، فلا.

فالقدر المتيقن من الإجماع هو أن يكون المشتري راضياً بفعل البائع، أى الرضا الناقل للمال. وأمّا اعتبار تلقى الشئ وإنشاء الانفعال منه، فلا، وهذا قوله:

فقد تبين... ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

كان ما ذكرنا شرحاً لكلمات الشيخ.

وبعد ذلك نقول:

أمّا قوله: بأنّ اشتريت المتقدّم وبعث المتأخّر إنشاءً، ولا فرق بينهما إلّا أنّهما متعاكسان من حيث الصراحه والالتزام، ففيه:

إنّه إن كان المشتري بقوله اشتريت يعنى: «تملّكت كتابك بعوض مالى» فهو وقول البائع: «بعثت الكتاب بعوض» متباينان، لأنّ ذاك «تملك» وهذا «تمليك»، فالقول بتساويهما وأنّ الفرق فى الصراحه والالتزام فقط، غير صحيح.

وعلى هذا الفرض، فإنّ هذا الإنشاء صحيح حتّى بناءً على اعتبار المطاعه، إذ لا محذور من إنشاء المطاعه لفعل قبل وقوع الفعل، وإنما يعتبر التأخّر فى المطاعه الخارجيه.

وبعبارة اخرى:

إن قبول الإيجاب مطاعه، والمطاعه قبول الأمر، لكنّ الذى يرد عليه

ص: ١٠٤

الأثر ويقبله في العقد هو المتاع الذي أدخله الموجب في ملكه، فكان المتأثر هو المتاع والأثر دخوله في ملك الموجب الذي هو المؤثر، فالمطاوعه كانت للمتاع، وإنما سُمي ذلك بالمطاوعه، لأنَّ قبول الأثر تكويناً هو المطاوعه، وإنما أسند القبول إلى المشتري وسُمي مطاوعه، لأنه قد وافق على ما فعله الموجب في ملكه، ورضى بمالكته التي حصلت بسببه، لأنَّ المتاع مضاف إليه، فلما وقع الأثر على المتاع ورضى به مالكة أصبح هو المنفعل والمطاع له.

ولقد بينا سابقاً: أنه لا- تعتبر المطاوعه في المعامله، وأنَّ القبول فيها ليس بهذا المعنى، بل هو الرضا، نظير قبول التوبه والعذر والضيف والوعد ونحو ذلك.

لكنَّ الشَّيخ لما كان يرى أن القبول هو المطاوعه، وأنَّ «اشتريت» ونحوه ليس مطاوعه، وأنَّ قول المشتري ذلك مقدماً نظير قول البائع «بعت» على السواء من حيث كونهما تملكاً، فإرد عليه:

أولاً: إن كان «ابتعت» بمعنى قبول الملكيه الحاصله من الغير، كان مرادفاً لتملكت، ويرد عليه ما ورد عليه، وإن كان بمعنى قبول المبدء، بلحاظ إيجاده هو له - كما في اختفت واكتسبت مثلاً - كان إيجاباً كإيجاب البائع، والمتحقق إيجابان لا إيجابٌ وقبول.

وثانياً: إنَّ «تملكت» قبولٌ ومطاوعه لما فعله الموجب مطاوعه انشائيه - والمفروض كون الصيغ الاخرى المذكوره مرادفه له - فقوله: بأنَّها في حال التقدّم ليست بقبولٍ، غير صحيح.

وبعد الفراغ عن النظر فى كلام الشيخ نقول:

إن قلت: الإيجابان يصدق عليهما أنهما عقد، لأن المناط هو الارتباط بينهما، وهو موجود فى هذين الإيجابين، لكونهما واردان على الشيء الواحد، إذ كلاهما يملكان المتاع المعين بدرهم، فما المانع عن تركب العقد من إيجابين، بعد الجواب عن الإجماع المدعى بعدم حجتيه؟

قلت: إن توارد العهدين على المورد الواحد شيء، وارتباط أحدهما بالآخر بأنفسهما شيء آخر، ولعل إلى هذا نظر المجمعين.

ثم أقول:

إذا كان المحقق لعنوان العقدية هو الارتباط بين العهدين، فإن الرضا المنشأ كاف لحصول الارتباط، فالعقد متحقق وإن تقدم الرضا، لأن هذا الرضا الباطنى المنشأ باللفظ مستمر إلى حين الإيجاب اللاحق ومتعلق به، سواء كان إنشأؤه بصيغته الفعل، ماضياً أو مضارعاً أو بصيغته الأمر.

بقى أنه: لو قال المشتري «تملكت كتابك بدرهمى» فقال البائع:

«قبلت»، لم يبعد صدق «العقد» عليه - وإن لم يصدق عليه عنوان «البيع» - وحينئذ، ينطبق عليه عموم «أوفوا بالعقود» فيكون صحيحاً.

حكم تقدم القبول فى العقود الاخرى

قال الشيخ:

ثم إن ما ذكرنا جارٍ فى كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل كالإجاره... والنكاح...

ملخص ما أفاده بتوضيح منا:

إنه يجرى ما تقدم من جواز التقديم، فى كل عقد يؤدي فيه القبول

ص: ١٠٦

بإنشاءٍ مستقلٍّ كالإجاره، بأن يقول مقدّماً: استأجرت، فيقول الموجب:

آجرت، وكالنكاح، بأن يقول مقدّماً: تزوّجت، فيقول ذاك: زوّجت، لأنّ القبول كذلك في الإجاره يتضمّن نقل المال بالفعل، وفي النكاح يجعل نفسه بالفعل زوجاً.

لكنّ الشيخ قد أشكل من قبل في جواز التقديم بقوله:

نعم، يشكل الأمر بالمعهود المتعارف... فالحكم لا يخلو من شوب الإشكال.

فقول:

إنّ كانت صحه هذه المعاملات مستنده إلى السيره العمليه الممضاه، فمن المعلوم أنّ مورد الإمضاء ما كان معهوداً متعارفاً من الصيغه، وهو الإيجاب المقدم والقبول المؤخر، فمورد تقدّم القبول لم يكن متعارفاً، فليس بممضى من الشارع.

وكذا إن كانت اللام في آيه الوفاء للعهد، أو أنّ الآيه مسوقه للإمضاء، وكذا آيه الحلّ... .

أمّا إن كانت اللام للعموم، وكان الاطلاق في آيه الحلّ محكّماً، فلا وجه للإشكال، وهذا هو الأقوى كما تقدم، نعم، الاحتياط في محلّه كما لا يخفى.

وأمّا المنع، من جهه أنّ القبول مطاوعه فلا يعقل تقدّمه، كما ذهب إليه شيخنا الميرزا، فقد قلنا أنّ هذه المطاوعه إنشائية لا خارجيه، فلا مانع من تقدّمه. وأيضاً: القبول هو الرضا، وليس في البين مطاوعه أصلاً.

فتحصّل: عدم الإشكال في التقديم في البيع، وكذلك في الإجاره والنكاح بلا إشكال، لأنّ المناط هو الرضا، وهو كما يجوز مؤخراً كذلك مقدّماً.

ص: ١٠٧

قال الشيخ:

وأما ما لا إنشاء في قبوله إلّا قبلت أو ما يتضمّنه كارتھنت، فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه... والتحقيق عدم الجواز... وكذا القول في الهبه والقرض... .

وملخص ما أفاده بتوضيح منّا:

إن من العقود ما لا يحصل فيه النقل من قبل القابل أصلاً، كعقد الوديعة، حيث لا ينقل المودع شيئاً، والوكاله، إذ ليس فيها نقل، والقرض، إذ لا شيء من ناحيه المقترض، والعاريه، فإنّه يعير الشيء للانتفاع به ولا يعطى المعير شيئاً، والهبه غير المعوضه، والوصيه... وبالجملة، فإنه لا يقع من طرف القابل نقل في هذه العقود، بل قبوله فيها صرف الرضا.

فهل يجوز تقديم القبول في هذه العقود؟

إن من هذه العقود ما ليس فيه من ناحيه القابل إلّا القبول، ولا يلزم إلّا الرضا، كالعاريه والوديعة والوكاله، فيجوز فيها التقدم، كأن يقول: أقبل أن أكون لك وكيلاً، أو يكون هذا الشيء وديعاً عندي، وهكذا... لجواز الرضا بأمر متأخر.

ومن العقود ما يترتب فيه الأثر على العنوان، مثل: المقترض له حكم كذا، المرتهن له حكم كذا، المتهب له حكم كذا... ففي هذه العقود يعتبر - بالإضافة إلى الرضا - صدق عنوان كونه مقترضاً أو مرتهناً أو متهباً... ولما كانت هذه العناوين مطاوعيه، فلا بد من وجود الرهن أو القرض... حتّى يتحقق الصدق، فلا يجوز التقدم.

لا يقال: الأمر في اشترت - مثلاً - كذلك، فإنه يتحقق هناك عنوان المشتري، وهو لا يصدق إلّا مع تقدّم البيع.

ص: ١٠٨

لما تقدم من وجود النقل بالفعل هناك، والكلام هنا فيما لا نقل من القابل أصلاً.

فنقول:

قد ذكر أنه في مثل الوكاله والوديعه والعاريه، لا يعتبر أزيد من الرضا بالإيجاب، ولذا يعبر عنها بالعقود الإذنيه، فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب.

وفيه نظر، للفرق بين الإذن والوكاله مثلاً، فلو قال: أذنت لك أن تفعل كذا، تحقّق منه الإذن حتى لو لم يقبل الطرف المقابل ولم يفعل ذلك الفعل، بخلاف الوكاله، فإنها إنابه للوكيل في العمل ولا يكفي فيها صرف الإذن والرضا، فكم فرق بينهما؟

وأيضاً، فإن الإذن لا يسقط بالردّ والوكاله تسقط، والوكيل لو عمل وتبين كونه معزولاً صحّ عمله، بخلاف المأذون.

وأيضاً: قد تقدم أنّ القبول في العقود نظير قبول التوبه والعذر، وليس بمعنى الانفعال فإنه في الامور القهريه، ولا تتخلل الإراده بين الفعل والانفعال، بل هما واحد في الحقيقه، ينسب إلى أحدهما بالفاعليه وإلى الآخر بالانفعال، وأما حيث تتخلل الإراده فوجودان، يصدر أحدهما من ذاك ويتحقق الآخر بإرادته هذا، ففي كلّ مورد تخلّلت الإراده فلا معنى للانفعال.

هذا أولاً.

وثانياً: إن المشتري إنما ينسب القبول إلى نفسه مجازاً، كما تقدّم.

وثالثاً: إنه لا- مانع من إنشاء المطاوعه وأن تكون فعليتها بعد مجئ الإيجاب، سواء كان العقد من قبيل القسم الأول كالوكاله ونحوها، أو القسم

ص: ١٠٩

الثانى كالتّهن والقرض والهبة، ولا دليل على فعلية هذه العناوين فى حين الإنشاء.

قال الشيخ:

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين... كان البادى منهما موجباً... ثم لما انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول... وتحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول فى الصلح أيضاً غير جائز... .

توضيحه:

إنه يعتبر لفظ القبول فى المصالحة، لأن المصالحة على قسمين، فمنها:

المصالحة غير المعوّضة، ولا يجوز فيه إلّا القبول متأخراً، إذ لا يكون شىء من قبل المصالح له إلّا الرضا والقبول لما فعله المصالح. ومنها: المصالحة المشتملة على المعاوضة، فإنّ كلّاً منهما يلتزم بشىء، فهما متساويان من حيث الالتزام، ونسبه المصالحة إلى كلّ منهما على حدّ سواء، فأيهما كان البادى فهو الموجب، فلا معنى لفرض القبول المتقدّم.

وهل يجوز له أن يقول متأخراً «صالحتك» أو يعتبر لفظ القبول؟ قال الشيخ: لا- يجوز، إذ لو قال أيضاً: صالحتك كان إيجاباً آخر، فيلزم تركّب العقد من ايجابين، وقد قام الإجماع على توقّف العقد على القبول، وقد ذكرنا سابقاً أنه لا يبعد أن يكون هذا الإجماع برهانياً، لأنّ توارد العهدين على موردٍ واحدٍ شىء، والارتباط بين العهدين المحقق لعنوان العقديّه شىء آخر.

أقول:

إن قال: «صالحتك هذا على أن ذاك لى» فكلام الشيخ متين جداً، وأما إن

ص: ١١٠

قال: صالحتك على أن يكون هذا بعوض هذا، بأن تكون مصالحةً تسدّ مسدّ الإجاره مثلاً من حيث المعاوضيه، كما لو قال: صالحتك على أن يكون الانتفاع بدارى بكذا درهم، أو: صالحتك على أن تكون لك دارى بكذا درهم، ففي هذه الصوره لا مانع من التقدّم على أن يكون قبولاً ولا يكون إيجاباً.

ص: ١١١

قال الشيخ:

ومن جمله شروط العقد: الموالاه بين ايجابه وقبوله.

ذكره الشيخ... قال الشهيد فى قواعد: الموالاه معتبره... .

أقول:

ذكر الشهيد أنّ الموالاه بين الإيجاب والقبول مأخوذه من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه، يعنى: إن الاتصال هناك منشأ الانتقال إلى اعتبار الموالاه هنا.

واحتمل الشيخ فى وجه الاعتبار هناك أنه السبب لخروج المستثنى منه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقف عليه، فلو قال: «رأيت القوم» ولم يتصل به قوله «إلا فلاناً»، كان كذباً، وإذا اتصل به خرج عن الكذب.

ولقد كان الأولى به أن يقول: إن المتكلم مادام متكلماً لا يستقرّ ظهور كلامه فى المعنى المراد، فإذا انتهى استقر، فلو تكلم بالمستثنى منه فقط انتهى واستقر ظهوره، بخلاف ما إذا اتصل به المستثنى، فإن الظهور ينعقد بعد مجيئه، ولذا لو أقرّ قائلاً: «له على مائه إلا خمسه» استقرّ الظهور فى الخمسه والتسعين، أما لو فصل بينهما استقرّ فى المائه، فلو قال بعد ذلك «إلا خمسه» عدّ إنكاراً بعد الإقرار، فالمناط وحده الظهور للكلام، فإذا انعقد اخذ به، وليس المناط خروجه عن حدّ الكذب إلى الصدق.

وبالجمله، إنه مع الفصل ينعقد ظهوران، وهو على خلاف المقصود.

ثم ذكر الشهيد موارد لاعتبار الموالاه فى الفقه، منها:

الفوريّه فى استتابه المرتد، فيعتبر فى الحال، وقيل إلى ثلاثة أيام.

قال الشيخ:

ثم فى تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسأله توبه المرتد، فإنّ غايه ما يمكن أن يقال فى توجيهه إن المطلوب فى الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع، فلا بدّ من إعادته فى أقرب الأوقات.

أقول:

لكنّ العبارة موهمة، وإنّما المراد: الموالاه بين توبه المرتدّ واستتابه الحاكم إيّاه، وإلّا يقتل فعلاً أو بعد ثلاثة أيام.

قال الشهيد:

ومنه: السكوت فى أثناء الأذان... السكوت الطويل فى أثناء القراءة...

التشهد، ومنه تحريم المأمومين فى الجمعة... ومنه الموالاه فى التعريف (1)...

أقول:

وكلّ ذلك، لأنّه لولا- الهيئه الإتصاليه لما صدق عنوان «الأذان» بل كان مجموعه أذكار وأقوال، أو «القراءة» بل كان المقروء آيات متفرقة، وكذا التشهد.

وأما مسأله الجمعة، فلأنّه يعتبر فيها الموالاه بين تحريم العدد المعين من المؤمنين وركوع الإمام، وإلّا لم يتحقّق صلاه الجمعة.

ص: ١١٣

وكذا الكلام فى تعريف الضالّه، فلما قيد الشارع التعريف بالمده الخاصه، اعتبر فيه الموالاه وإلا لم يتحقق الامثال.

قال الشيخ:

حاصله: أنّ الأمر المتدرّج... فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزله كلام واحد... ولذا لا يصدق المعاقده إذا كان الفصل مفرطاً... وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللّزوم فى المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً... أما لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجاره عن تراض، فلا يضره عدم صدق العقد.

أى: إنّ سرّ اعتبار الموالاه هو: عدم صدق «العقد» بدون الموالاه بين الإيجاب والقبول والاتّصال الزمانى بينهما.

فأورد عليه بقوله: إنّ هذا حسنٌ لو كان... أما لو كان منوطاً.

وحاصله: إنّ اعتبار الموالاه لكى يصدق عنوان «العقد»، يدور مدار الدليل المعتمد فى ترتب الأثر على العقد صحهً ولزوماً، فإن كان عموم آيه الوفاء فهى لازمه، لأن الموضوع فيها هو العقد وقد اعتبرت الموالاه فى صدقه، وإن كان إطلاق آيه الحّل وموضوعها هو «البيع»، جاز التمسك بها مع صدق البيع وإن لم يصدق «العقد». وأما إن كان عموم قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (١)، فموضوع الآيه هو «التجاره» وهو صادق مع عدم الموالاه وعدم صدق «العقد».

ص: ١١٤

فأقول:

إنَّ الشَّهيد وغيره من الفقهاء، يعتبرون الموالاه في العقود المعاوضيَّه وفي النكاح، وأمَّا في غير المعاوضيَّه كعقد الوكاله والعاريه ونحوها، فلا فلو وكَّله الآن فقال الوكيل في الغد: قبلت، صحَّ، وكذا لو وهبه الآن فقبل في وقتٍ آخر، وهكذا...، فالقول بأنَّ المناط للموالاه هو صدق عنوان العقد، منتقض بأنَّ تلك المعاملات عقود أيضاً عندهم، ولا يعتبرون فيها الموالاه، فيظهر أن عنوان العقديه غير متوقف على الموالاه.

وأفاد شيخنا الاستاذ رحمه الله عليه في الجواب عن القول بأنَّ التوالى بين الإيجاب والقبول مقوم لصدق العقد، وبدونه لا يصدق:

بأنَّ العهد عبارته عن الالتزام القلبي أو الجعل والقرار المعاملي، وأنَّ العقد عبارته عن ربط أحد الالتزامين بالآخر أو ربط أحد القرارين بالآخر، فحيثيَّه العهديَّه غير حيثيَّه العقديَّه، وأنَّ حقيقه العقد هو الربط لا الوصل حتى يؤخذ بمقتضيات الوصل وربط أحد الالتزامين القائم بمحلِّ الالتزام القائم بمحلِّ آخر بلحاظ ورودهما على أمرٍ واحد وهو كون أحد المالين بأزاء الآخر في الملكيه مثلاً، فوحده الملتزم به هو الجامع الرابط بين الالتزامين، وهذا المعنى من الربط لا يقتضى إلبقاء الالتزام الأوَّل على حاله حتى يكون بعد ورود الالتزام الثاني مربوطاً به، وإلَّا فحقيقه الربط لا تتحقَّق بين موجود ومعدوم، وتخلل زمانٍ طويل أو قصير أجنبي عمَّا يقتضيه هذا المعنى من الربط (١).

ص: ١١٥

وحاصله:

إن العقد عبارته عن العهد المؤكد، أى العهد الذى تأكد بالعهد الآخر، أو المشدد، أى العهد الذى شدّ بالعهد الآخر، والعهد أمر باطنى نفسانى لا ربط له باللفظ وبالزمان، إذن، لابدّ من الارتباط بين العهدين النفسانيين، وتخلّل الزمان أجنبى عن حقيقه العقد، فإذا كان العهد من هذا باقياً، وتحقّق من الآخر عهد - ولو بعد زمان - واشتدّ به وحصل الارتباط بينهما، صدق عنوان العقد.

رأى المحقق النائنى

اشاره

وذكر الميرزا الاستاذ أن العقود على ثلاثه أقسام:

منها: العقود الإذنيه، كالوكاله والعاريه ونحوهما من العقود التى لا التزام بها.

ومنها: العقود العهديه المعاوضيه، كالبيع والصلح.

ومنها: العقود العهديه غير المعاوضيه، كالرهن والقرض.

أمّا القسم الأول، فلا يعتبر فيه الموالاه، بل إن قوامها بالرضا، فمادام موجوداً يكفى وإن وقع الفصل بين الايجاب والقبول وبلغ ما بلغ، وتسميتها بالعقد مسامحه أو مجاز من باب علاقته المشابهه، فهى خارجه عن عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تخصّصاً، ولذا لا يرد الإشكال من خروجها بلزوم تخصيص الأكثر، لعدم كون خروجها تخصيصياً.

وأما القسم الثانى، فيعتبر فيها الموالاه من ناحيتى السبب والمسبب. أمّا من ناحيه المسبب، فلأن البيع مبادله بين المالىين، فكلّ من البائع والمشتري له إضافه ملكيه إلى ما يملكه، فيقع التبادل بين طرفى الإضافه، فيضاف ملك

ص: ١١٤

المشترى وهو الثمن إلى البائع ويحلّ محلّه المثلّث، وملك البائع إلى المشتري ويحلّ محلّه الثمن، على عكس الإرث، حيث يقع التبادل بين المضافين مع حفظ الاضافه والمضاف إليه، أمّا في الهبه، فالإضافه الملكيه تنقطع.

ففى البيع، لما يقع الإيجاب تنخلع الاضافه الملكيه من البائع بالنسبه إلى ملكه ويتلبس بكونه مضافاً إلى الثمن، فهو بإيجابه يوجد هذه المبادله، ولولا اتصال القبول به لم يتحقّق، ولم يحلّ الثمن محلّ المثلّث، وتبقى الإضافه التي خلعهها بلا-مضاف إليه، والإضافه بلا طرف محال كالخلع بلا لبس.

أمّا فى النكاح، فهو يوجد العلقه فى نفس الأمر، فتحْتَاج إلى طرف، فلولا اتصال القبول يلزم أن توجد العلقه فى نفس الأمر بلا طرف، وهو محال ممتنع.

وأمّا من ناحيه السبب، فبيانه: إن كلّ مرّكب له عنوان واحد وأثر واحد، فلا بدّ من الاتصال بين أجزائه، ولذا يلزم الاتصال بين حروف الكلمه الواحده وبين كلمات الكلام الواحد، ولذا يجب التوالى بين أجزاء الصلاه والوضوء والقراءه.. وهكذا كلّ مرّكب من الافعال، ويعتبر الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه من جهه أنه كلام واحد وله ظهور واحد، فلو انفصل فهناك ظهوران، ولذا لو انفصل المقيد عن المطلق، فبناءً على تماميه الظهور فى المطلق يكون تقدم المقيد عليه من باب تحكيم أقوى الحجّتين، وأمّا مع الاتصال فالظهور منعقد من أوّل الأمر فى المقيد.

فإذا كان الكلام واحداً، فلا بدّ من الاتصال، سواء كان من المتكلم الواحد أو من اثنين، وإلّا كان هناك عنوانان.

وعليه، فالبيع أمر واحد، والصلح أمر واحد، والنكاح أمر واحد،

والسبب مركب من إيجاب وقبول، والهيئة الاتصاليه بينهما مقومه لوحده العنوان، فلولا الموالاه لما تحقق العنوان الواحد، وحينئذٍ، فكما لا يصدق «العقد» لا يصدق «البيع» و«التجاره» خلافاً للشيخ، لأن كلاً من العقد والبيع والتجاره أمر واحد.

وأما القسم الثالث، فإنه وإن لم تكن معاوضه فوحده السبب لازمه، ومن هذه الجبهه تعتبر الموالاه، حتى يصدق العنوان الواحد.

فإن قلت: الهدايا قسم من الهبات، وقد ترسل الهديه من مكان بعيد وتصل بعد زمان فيتحقق القبول، وتحصل الهبه المعاطاتيه والمعاطاه سبب واحد، فكيف تصح إذا كانت الموالاه معتبره؟

وكذا في القرض، فلو أرسل المبلغ ووصل بعد مدّه وحصل القبول، فالقرض المعاطاتى حاصل.

فالجواب بوجهين:

أحدهما: أن هناك يداً طويله وقع التسلم بها، فلم يقع فاصلٌ.

والثانى: إنه لما سلم الهديه إلى الواسطه، جعله وكيلاً عنه فى الإيصال، وإذا أوصلها تحقق الإيجاب من قبل المرسل بالاعطاء والقبول بالأخذ من طرف المرسل إليه، فلم يقع الفصل بينهما، وقد تقدّم فى محلّه أن قبول المعاطاه ليس بإعطاء الثمن، بل إن إيجابها بالإعطاء والقبول بالأخذ، ودفع الثمن إبراء للذمه.

هذا ما أفاده قدس سره (١).

ص: ١١٨

ونقول:

إنه بناءً على أن للملكية واقعيه نفس أمریه، وأنّ البائع موجد لها والعقد آله، فإن الإيجاد لا ينفك عن الوجود، فلا حاجة إلى القول بعدم انفكاك الخلع عن اللبس وأنه يلزم الانفكاك بين المتضايين. وأيضاً، فإن البائع لا يوجد الملكيه بالمباشره، وإنما هو إيجاد للسبب وهو العقد، وليس هذا السبب علّه تامه، بل الجزء الأخير هو قبول المشتري، ولو كان الإيجاب علّه تامه لكانت الملكيه حاصله قبل آن القبول، لعدم انفكاك المعلول عن العله، وإذا كان كل من الإيجاب والقبول جزءاً من العله التامه، فأى مانع من الفصل بينهما مع جواز الفصل بين أجزاء العله التامه؟

هذا كله بناءً على المبنى المذكور المتراءى من المشهور.

وأما بناءً على ما هو التحقيق - من أن الملكيه ليست من الامور المتأصّله فى الوجود، بل الملكيه والزوجيه ونحو ذلك امور اعتباريه، وكلّ أمر اعتبارى فقوامه نفس المعتر - فالبائع بما أنه أحد العقلاء يعتبر المبادله الملكيه بين المالىن، وهذا الاعتبار يكون موضوعاً لاعتبار العقلاء والاعتبار الشرعى، والملكيه العقلائيه والشرعيه قائمان كذلك بنفس المعتر، لأنهما أمران اعتباريان، فلا يعقل أن يكون الموجب موجداً لاعتبار العقلاء والشارع، لا بالآله ولا بالتسيب، بل ليس لإيجابه آليه لاعتبار نفسه أيضاً، لأن ملكيته قائمه باعتباره، وبالإيجاب يُظهر اعتباره.

ثم إنه فى آن اعتبار الموجب للمبادله بين المالىن، يتحقّق له اعتبار

الخلع واللبس والإضافه، ويكون اعتبار العقلاء والشرع بعد مجئ القبول، وأما قبله فلا- خلع ولبس في اعتبارهما، وإذا كان كذلك، فلا- مانع من الفصل بين الإيجاب والقبول، لأن الاعتبار العقلائي والشرعي متوقف على القبول، فمتى تحقّق تحقق الاعتباران.

وبما ذكرنا يظهر، أنه ليس هناك ولا آن واحد يكون فيه خلع بلا لبس، أو انفكاك بين المضاف والمضاف إليه، لأنه في ظرف اعتبار الموجب الخلع واللبس متحققان، ومادام لم يأت القبول فلا خلع ولا لبس من ناحيه العقلاء والشارع.

وعلى هذا، فلو قال الموجب: «بعتك متاعى بكذا» فجعل المشتري يفكر أو يشاور وطالت المدّه ساعة، فقال بعد ذلك «قبلت» تحقق البيع وترتب عليه الأثر.

رأى المحقق الإيروانى والنظر فيه

وقال المحقق الإيروانى:

لا- فرق بين لفظى البيع والتجاره ولفظ العقد فى الصّيدق مع انتفاء التوالى كالصّيدق مع التوالى، وكأنّ توهم الفرق من تخيل أن العقد اسم للفظ أعنى المجموع المركّب من الإيجاب والقبول، مع أنّ المنقول عن أهل اللغه أنه العهد أو العهد المشدّد. وكأنّ اعتبار التوالى ناش من اعتبار المطابقه بين الإيجاب والقبول، بتوهم عدم حصول المطابقه مع التأخر، لأنّ الإيجاب أفاد النقل من الحين، فإذا تأخر القبول، فإمّا أن يكون قبوله قبولاً لتمام مضمون الإيجاب، فيلزم من صحته حصول النقل من حين الإيجاب كما فى الإجازة

ص: ١٢٠

على القول بالكشف، فيكون النقل حاصلًا قبل حصول تمام العقد وذلك باطل، أو يكون قبولاً لبعض مضمون الإيجاب، أعنى النقل من حين تحقق القبول، فيلزم عدم المطابقه بين الإيجاب والقبول، وهذا المحذور وإن كان يعمّ صورته التوالى أيضاً لتحقيق الفصل هناك أيضاً ولو بيسير، لكن هذا المقدار من التخالف لا يضرّ بالمطابقه العرفيه، فلا يوجب الحكم بالفساد» (١).

وتقريبه: إنّه لما يوجب الباع البيع يُوجد التمليك في حين الإيجاب، ويعتبر مجئ القبول في نفس الحين حتى يتحقق البيع، أمّا لو جاء متأخراً بزمان معتد به، فإنّ أفاد النقل في حال الإيجاب لزم تحقق النقل قبل القبول وهذا خلف، وإنّ أفاد النقل في حاله، لم يتحقّق التطابق بين الإيجاب والقبول.

وفيه:

إن المراد من المطابقه المعتره بين الإيجاب والقبول هو ورودهما على الشئ الواحد بخصوصياته، وهو حاصل هنا، لأنّ الذى ينشؤه الموجب هو طبيعى الملكيه، و«الحين» ظرف للإنشاء لا قيد للملكيه المتحققه بالإنشاء، إذ الزمان دائماً ظرف للإنشاء لا قيد للمنشأ، وكذلك القبول، فإنه يتعلّق بالطبيعى، وهذا هو التطابق، سواء اتّصل القبول أو انفصل، بمقتضى الاطلاقات.

وأما ما قيل في وجه اعتبار الموالاه، من أنّ آيه الحلّ في مقام التشريع

ص: ١٢١

فلا- إطلاق لها ليتمسك به، وما قيل في آية الوفاء من أنّ اللّام للعهد، والعقود المعهودة المتعارفه لم يفصل فيها بين الإيجاب والقبول، فلا دليل على جواز الفصل، فقد عرفت الجواب عنهما في البحوث السّابقة.

وعلى الجملة، فقد ذكر الشيخ أنه لا- يلزم صدق عنوان «العقد»، إذ يكفي صدق «البيع»، فقسم الميرزا الاستاذ المعاملات إلى ثلاثة أقسام، وأن أياً منها يسمى عقداً ويتمسك بآية الوفاء فيه وأياً منها ليس بعقد في الحقيقة، وقد تكلمنا على ما أفاده بالتفصيل.

وما أفاده من اعتبار الوحدة متين جداً بالنسبة إلى فعل الشخص الواحد، فإنّ المشى الواحد من الإنسان مثلاً إنما يصدق إذا لم يتخلله عدم الحركة المناسب له، فلو تخلله خرج عن الوحدة وتعدّد، والتكلم الواحد والقراءة الواحد ونحوهما كذلك، فإنّ التكلم أمر تدريجي، ولا يضرّ بوحده السكوت الجزئي في الأثناء، أمّا لو سكت سكوتاً صدق عليه عدم التكلم فلا، فلو تكلم بعد ذلك كان كلاماً آخر لا استمراراً للسابق.

إذن، لو كان الفعل من شخص واحدٍ واعتبر فيه الوحدة، لزم أن لا يتخلله العدم البديل وإلاّ خرج عن الوحدة.

أمّا لو كان المطلوب تحقق فعلين من شخصين يوجدان أمراً واحداً، فما الدليل على أن يكون فعل أحدهما متصلاً بفعل الآخر حتى يوجد ذلك الأمر الواحد؟

وقد كان شيخنا الميرزا يعتبر الوحدة الحقيقيه، ولذا كان يمثّل بالقراءة والأذان والكلام.

أمّا شيخنا الاستاذ فاعتبر الوحده العرفيه، وهذه عبارته:

«غايه ما يمكن أن يقال في تقريب الموالاه بين الإيجاب والقبول هو: إنّ الإيجاب والقبول حيث أنهما قائمان بأثر، فلهما بنظر العرف جهه وحده، فكأن الواحد قائم بأثر واحد، فلا بدّ من كونهما على نحو من الاتّصال العرفي، فكأنه كلام واحد بوحده اتصاليه يقوم بأثر واحد، وعليه، فلا فرق بين دليل الوفاء بالعقد ودليل حلّيه العقد، فإنّ المدار ليس على ما يقتضيه عنوان العقد، بل على ما يقتضيه قيام ما هو كالواحد بأثر واحد» (1).

أقول:

كلّ مركب معنون بعنوان واحد ذي أثر واحد، فإنّ صدق عنوان المركب بمجىء الجزء الأخير منه وإلا لم يصدق عليه العنوان، نعم، يلزم استمرار وجود الأجزاء المتقدّمه حتى مجىء الأخير، وعليه، فلمّا كان للإيجاب والقبول في المعاملات طريقيه إلى حصول الأمر المعنوي الذي هو عبارته عن العهد النفساني، فلا بدّ من بقاء العهد من الموجب حتى يأتي القبول وهو العهد من المشتري، والأثر إنما يترتب بعد مجيئه لأنه الجزء الأخير للعلّه التامه، وإذا كان الأمر كذلك، لم يضّر الفصل بين الإيجاب والقبول، سواء كان قصيراً أو طويلاً، فالقول بـ «كأنه كلام واحد...» صرف تشبيه ولا أثر له، بعد وضوح واقع الحال في المطلب، وقد تقدّم أن «اللام» في العقود ليس للعهد،

ص: ١٢٣

وَأَنَّ الإِطْلَاقَ فِي آيَةِ الْحَلِّ تَامٌ (١).

ص: ١٢٤

قال الشيخ:

ومن جمله الشرائط التي ذكرها جماعه: التنجيز في العقد، بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداه الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعامله في صوره وجود ذلك الشيء لا في غيرها... .

أقول:

قد نسب إلى المشهور بل ادعى عليه الإجماع: اعتبار التنجيز في العقد وأن التعليق مبطل.

فإن كان المراد كون نفس الإنشاء معلقاً، فإنّ الإنشاء من أنحاء التكلم الدائر أمره بين الوجود والعدم، إذ الإنسان إما متكلم وإما غير متكلم، فلا يعقل وقوع التعليق في الإنشاء.

ثم إن الإنشاء والمنشأ واحد حقيقه، فإذا لم يكن الإنشاء معلقاً بالمنشأ به غير معلق كذلك، فلا بد من تصوّر التعليق فيما عدا الإنشاء والمنشأ.

ثم إن للتعليق أنحاء، فقد ينشئ الإنسان المفهوم التعليقي ولا- يعلم هل يتحقق ذلك المفهوم في الخارج أو لا يتحقق، فيكون التعليق مرتبطاً بتحقيق الشيء في الخارج.

وقد يكون التعليق مربوطاً بقصده الجدّي، كما لو قال: «إن كنت صديقي بعثك هذا» و«إن كنت عادلاً بعثك هذا» فالإنشاء والمنشأ فعليان إلا أن القصد الجدّي معلق.

وقد يكون في آثار مضمون العقد المستقر، كأن يقول: «أنت وكيل في بيع هذا على أن يكون بيعه في وقت رواج هذا المتاع» فهو وكيل له الآن، لكن تصديه للبيع أي الموكل فيه، معلق بالوقت الكذائي.

فظهر أن لا معنى للتعليق في الإنشاء والمنشأ، وإنما هو في الجهات المذكوره الخارجه عنهما.

ثم إنَّ الشيخ بعد أن أورد كلمات الأصحاب في أصل الاشتراط وذكر أنه «لا شبهه في اتفاهم على الحكم» وكلماتهم المختلفه في وجه الاشتراط، قال:

«وتفصيل الكلام، أنَّ المعلق عليه: إمّا أن يكون معلوم التّحقق وإمّا أن يكون محتمل التّحقق، وعلى الوجهين، إمّا أن يكون تحقّقه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل» فهذه أربعه تقادير.

ثم قال:

«وعلى التقادير، إمّا أن يكون الشرط مما يكون مصححاً... أو مما يصح...

وكون المشتري ممن يصح... وممن يجوز العقد معه... وإما أن لا يكون كذلك».

أقول:

كان الأولى أن يقول: الشرط المعلق عليه، إمّا معلوم التّحقق، وإمّا مجهول التّحقق، وظرف التّحقق، إمّا هو الحال وإمّا هو المستقبل، فهذه أربعه تقادير.

ثم المعلق عليه على التقادير المذكوره، إمّا هو دخيل في قوام العقد كالقبول، مثل قوله: بعثك هذا إن قبلت، إذ القبول مقوم لماهية العقد، أو هو دخيل في الموضوع كقوله: زوجتك إن كنت محلاً، فالإحلال من الإحرام دخيل في صحه العقد ومقوم لموضوعه، والمقوم للموضوع تاره: يكون

ص: ١٢٦

مقوّمًا له شرعاً كما ذكر، واخرى: يكون مقوّمًا له في نظره واعتباره كقوله: «إن كنت صديقي بعتك هذا». وثالثه: يكون دخيلاً في صحه العقد من جهة شرائط المتعاضين، كأن يقول: إن كنت بالغاً بعتك هذا، إن كنت مالكاً للثمن فقد بعتك مالى به، ورابعه: يكون دخيلاً في صحه العقد من جهة شرائط العوضين، كقوله: بعتك هذا بدارك إن لم تكن وقفاً، وخامساً: لا يكون شىء من ذلك، مثل: بعتك هذا إن كان يوم الجمعة.

فهذه ستة تقادير، وبالنظر إلى الأربعة، فالمجموع أربعة وعشرون تقديراً.

لكنّ الأولى: جعل التقديرين فيما هو دخيل في الموضوع واحداً، وجعل تقديري ما هو دخيل في صحه العقد من جهة شرائط المتعاقدين، ومن جهة شرائط العوضين واحداً، فتكون التقادير أربعة، والأربعة في الأربعة ستة عشر.

أدله اعتبار التنجيز

إشاره

قال الشيخ:

وأما الكلام في وجه الإشتراط.

إشاره

أقول:

واستدلوا لاعتبار التنجيز بوجوه:

الأول: قولهم: لا يعقل التعليق في الإنشاء.

قلت: إن تحقّق التعليق في الإنشاء معلوم العدم، ومثل ذلك لا معنى

للبحث عن بطلانه وعدم معقوليته (١).

ص: ١٢٨

الثاني: الإجماع على التنجيز.

قلت: قد يستفاد من كلمات بعض الأعلام أنّ التعليق يوجب عدم الجزم، وعليه، فإنّ عدم التنجيز ينحصر بما إذا كان المعلق عليه مجهولاً- في الحين أو في المستقبل، فلو علق على ما هو معلوم الحصول كقوله: بعثك هذا إن كان اليوم يوم جمعه، فإنّ الجزم موجود في ذلك، فليس قولهم بأنّ التعليق ينافي الجزم على إطلاقه.

وقد يستفاد من كلام بعض آخر: أنّ التعليق يستلزم انفكاك المنشأ في مقام الفعلية في الخارج عن المنشأ في مقام الإنشاء، فكأنّهم يعتبرون عدم الانفكاك بينهما، نظير البحث في الواجب المعلق، بمعنى: أنه إن علق الملكيه

على شيء كأن يقول: ملكتك إن جاء زيد غداً فالملكه تتحقق للطرف بعد حصول المعلق عليه، فانفك التملك عن الملكيه، مع أن نسبه أحدهما إلى الآخر نسبه اليجاد إلى الوجود في كونهما واحداً حقيقةً.

وبعبارة اخرى: إن كان التملك قبل مجئ زيد، فهذا خلف، وإن كان بعده، لزم الانفكاك.

لكن هذا المعنى منحصر بما يكون التعليق استقبالياً، أعم من أن يكون معلوماً أو مجهولاً.

إذا عرفت هذا، فإن القدر المتيقن من معقد الإجماع هو مجمع المحذورين، وهو أن يكون مجهولاً استقبالياً. هذا أولاً.

وثانياً: فإن هذا الإجماع نظري وليس بالإجماع الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام أو الدليل المعتبر (١).

الثالث: إن العقد المتضمن للتعليق غير مشمول لآيه الوفاء.

قلت: كأنه من باب أن كل عام أو مطلق اسند إليه حكم يختص ببعض الأفراد يكون مخصياً، كما قال الشيخ في مباحث الإستصحاب (١): أن لفظ

ص: ١٣٠

فى الآيه نستكشف عدم تقيد الموضوع وهو العقد، وإلا يلزم تخلف الحكم عن موضوعه.

والجواب:

إن هذا مبنى على أن يكون المراد من «أوفوا» ترتيب الأثر، وأما إن كان المراد هو ترتيب المقتضى على المقتضى، فمعنى الآيه: هو العمل بمقتضى العقد، فإن كان منجزاً، اقتضى ترتيب الأثر بالفعل، وإن كان معلقاً اقتضى ترتيب الأثر على حسب التعليق ومقتضاه.

فالآيه المباركه على عمومها، ووجوب الوفاء مطلق لا مشروط، وقد وقع الاشتباه فى معنى «الوفاء»(١).

على أن هناك موارد كثيره لا- يترتب فيها الأثر بمجرد وقوع العقد، ففى بيع الصيرف وكذا فى الوقف والهبة مثلاً: لا تحصل الملكيه إلا- بعد القبض، ولا- يقول أحد بأن أدله هذه الموارد مخصيه لعموم الآيه، والسير فى ذلك هو ما ذكرناه من معنى «الوفاء».

الرابع: إن الإنشاءات مبتنيه على الجدّ والجزم

، والتعليق ينافى الجدّ والجزم.

وهذا الوجه موجود فى كلمات جلّ الأساطين.

ولكنه أخصّ من المدعى كما لا يخفى. ثم إنه:

ص: ١٣٢

تاره: هو متردّد في فعله غير جازم به، فهذا باطل، واخرى: هو جادّ في فعله بداعي تحقّق المعلّق عليه، لكنه جاهل بما هو كائن في الخارج، فهذا لا إشكال فيه، فكما يصح الإخبار عن جزم كأنّ يقول: إن جاء زيد غداً يكون كذا، ولا يدرى هل زيد يجيء أو لا، لكنّه يعلم بأنه سيكون كذا على تقدير مجيئه، كذلك الإنشاء بقوله: بعثك هذا إن جاء زيد غداً، فهو يبيع عن جدّ وجزم ولكنّه لا يدرى هل سيجى زيد حقاً أو لا، فإذن، لا تعليق في إنشائه، وجهله بحال المعلّق عليه غير مضر(١).

الخامس: إن التعليق عباره عن التقييد،

فلو قال: ملكتك إن جاء فلان غداً، لم يكن قيماً للنسبه، لكونها غير قابله للتقييد لجزئيتها، والتقييد دائماً يتوجّه إلى المعانى الكليه، والمعنى الحرفى جزئى. أو فقل: إن النسبه غير ملحوظه باللحاظ الاستقلالى، فلا تقبل التقييد. مضافاً: إلى أن النسبه قائمه دائماً بطرفيها، فلو تقيدت تقييد التمليك أيضاً، فيكون إخباراً عن أنه سيملك إن جاء فلان غداً، ولا يكون إنشاءً، وعلى فرض كونه إنشاء يلزم تفكيك المنشأ عن الإنشاء.

والجواب، بناءً على التحقيق من أنّ المعنى الحرفى لا يقبل التقييد لكونه جزئياً، والنسبه معنئى حرفى، وبناءً على التحقيق من أن التعليق غير التقييد: إن لقوله «ملكتك» نسبتين، نسبه إلى البائع نفسه ونسبه إلى المشتري، فإن كان التعليق قيماً للمالك لزم الإشكال، إذ لازمه أن لا يكون التمليك فعلياً،

وإن كان قيدياً للمشتري، فلا محذور أصلاً، لإمكان كون نفس هذا الجزئي بالذات معلقاً على شيء.

فالبائع يعتبر فعلاً-الملكيه المضافه إلى المشتري إن جاء زيد في الغد، فالتعليك فعلياً من قبل البائع، والملكيه في الغد - على التقدير المذكور - حاصله فعلاً للمشتري في عالم الاعتبار باعتبار من البائع.

السادس: ما ذكره الميرزا الاستاذ قدس سره من أن التعليق

قد يناط به صحه العقد أو الإيقاع، كأن يقول: بعت هذا المتاع إن كان ملكاً لي، اعتقت هذا إن كان عبدي، ففي مثله لا مانع من التعليق، لأنه نظير القضية الحقيقيه التي انيط الحكم على ثبوت الموضوع وعلق عليه، وفيما نحن فيه كذلك، فإن قوام العقد أن يكون المال ملكاً للبائع، وكذا في العتق... فإن طبع المطلب هو وجود الإناطه.

وأما في غير ما ذكر، فلما كانت العقود الشرعيه نظير العهود المتعارفه بين عامه الناس، فما أمر الله بالوفاء به، وما أحله، عباره عما هو متداول بين الناس كافة، وهو ما ليس بمعلق - وأما ما يكون بين الملوك والدول من العهود التعليقيه، فذاك نادر - فالآيات ناظره إلى ما هو متعارف بين الناس، لكونها إمضاءً لها... فالعقود التعليقيه على خلاف المتعارف والأدله غير شامله لها.

وعلاوة على تنزيل الأدله على ما هو المتعارف، يمكن أن يقال: إن المتعارف هو القدر المتيقن في مقام التخاطب، فلو قال المولى لعبده: إمش إلى السوق، كان المتيقن من الأمور به هو المشي المتعارف، فلا يقال إنه عام ليشمل المشي القهقرائي.

وكذا لو أمره بأكل الطعام، فليس له الأكل من القفا أخذاً بإطلاق الكلام، وهو يحتمل أن المولى يريد الكيفيه المتعارفه من الأكل.

وهنا: القدر المتيقن في مقام التخاطب هو غير المعلق.

والجواب:

إنّ هذا الوجه يتوقّف على تماميه دعوى أنّ موضوع آيه الوفاء ليس إلّا العقود المتعارفه، وذلك أوّل الكلام، بل العموم في الآيه المباركه محكّم كما ذكرنا مراراً.

وبعد:

فإنّ الوجوه المقامه على بطلان التعليق في العقود منها شرعيه، مثل الإجماع، وآيه الوفاء بالعقود، بدعوى أنّ موضوعها العقود المتعارفه والتعليق ليس بمتعارف، فالعقد المعلق غير نافذ شرعاً.

وقد عرفت أنّ الإجماع المدّعى في المسأله ليس بالإجماع الكاشف عن رأى المعصوم أو الدليل المعتبر، فهو ليس بحجّه، وأنّ العموم في الآيه المباركه ثابت ولا مجال لرفع اليد عن عمومها.

ومنها: عقليته، مثل أنّ الإنسان إذا أراد تحقّق شيء اعتبر أنّ يكون الشيء ممكن التحقّق حتى تتعلّق به الإراده، ومع جهله بتحقّقه خارجاً لا تكون إرادته له جديّه.

وقد تقدم الجواب عنه.

ومثل: لزوم انفكاك الإنشاء عن المنشأ.

وقد تقدّم الجواب عنه كذلك.

ص: ١٣٥

ونقول أيضاً:

إنّ القضايا التعليقيّة إمّا شرطيه أو غير شرطيه، ففي الشرطيّه: مقدّم وتالي، فإذا قال: إن جاء ابني غداً ملكتك هذا بهذا، فمجيء الولد غداً هو المقدّم والتعليك هو التالي، وهو تابع للمقدّم، فإن كان حالياً فهو حالي وإن كان استقبالياً فهو استقبالي، لكنّ الكلام في أنّ أيّهما المعلق؟ وإذا كان هو التالي، فإنّ: ملكتك هذا بهذا الواقع تالياً في هذه القضية، مرّكّب من المادّه والهيئّه، فالمادّه هي التملك، والهيئّه هيئه اسناد الماده إلى الفاعل، وإسنادها إلى الطرف المقابل، وإسنادها إلى الملك الذي يقع عليه البيع مثلاً وهو المتاع، فأين يقع التعليق على مجيء زيد في الغد؟

إن كان للمادّه، فإنّ الزمان من الأعراض، فلا يعرض العرض ولا يعرض الأمر الاعتباري بالأولويّه، لكنّ يصحّ أن يكون مقدّراً للعناوين الاعتباريه بالأفعال، كما إذا قال: «صلّيت في اليوم»، فالصلاه عرض لا جوهر، و«اليوم» مقدّر ومحدّد له، وكذا «تكلّم في الليل» و«خطب ساعه» وغير ذلك، فقولته: إن جاء ابني غداً ملكتك متاعى، إن كان إنشاءً الآن للملكيه في الغد، فلا بأس به، فالإنشاء والمنشأ - وهو الملكيه في عالم الاعتبار - حاصلان الآن، وأمّا الملكيه الخارجيه فهي في الغد.

وبالجملة، فإنّه قد أنشأ ملكيه خاصّه وهي الملكيه في الغد، فالملكيه الإنشائيّه فعليه كالإنشاء ولا - انفكاك بينهما، - وإنّما الخارجيه غير فعليه، ولو يفرض لها الفعليه يلزم الانفكاك بين الإنشاء والمنشأ - فالإنشاء كالإخبار كأن يقول له: أنت مالك لهذا المتاع إن جاء زيد غداً، فكما يصحّ هذا القول - والإخبار لا ينفك عن الخبر - فكذلك الإنشاء.

ص: ١٣٦

نعم، يتوقف ترتب الأثر الشرعى على هذا الإنشاء على وجود دليلٍ من قبل الشارع، وهو عموم آية الوفاء.

وتلخص: انتفاء محذور الانفكاك.

ومثل: إنّه لو علّق مضمون العقد بشيء، فإن كان موجوداً بالفعل فخلف، لكونه خلاف مقتضى الإنشاء لأنه قد علّقه على الغد مثلاً، وإن كان وجوده بعد حصول الأمر التقديرى، يلزم انفكاك الوجود عن الوجود، وهو مستحيل.

والجواب: إن مضمون العقد «ملكتهك هذا إن جاء زيد غداً» مشتمل على مادّة وثلاث نسب ومتعلّقات.

والتعليق، إمّا يكون فى مادّة الملكيه، وهى من المعانى الكليه، بأن يلحظ الملكيه المعلقه وينشئها فتوجد فى عالم الاعتبار، فيكون التعليق مضيئاً لدائره المفهوم الكلى الواسع اعتباراً، ولا إشكال.

وقد كان منشأ الوهم: إنّ الإنشاء فعلى والملكيه تحصل للطرف فى الغد إنّ جاء زيد، فلزم الانفكاك.

لكنه يندفع بما ذكرنا، من أنّ الملكيه الاعتباريه المنشأه فعليه كذلك، والذى يكون فى الغد على التقدير هو الملكيه الواقعيه الخارجيه.

وعلى الجملة، فإنّ المعبر بإنشائه هو الملكيه الخاصه - أى المعلقه على القيد المذكور - وهى موجوده بوجود الإنشاء، لأنّ الإنشاء والمنشأ واحد فى الحقيقه ووجودهما واحد، فلا انفكاك.

وإن كان التعليق للنسبه، فإن كان لنسبه المادّه إلى المفعول الأوّل أو الثانى، فالأمر سهل، إذ يقول: «أنشأت ملكيه هذا المتاع لك إن فعلت كذا»

ص: ١٣٧

ولا- مانع منه، إذ المقوم للنسبه هو المضاف وهو الملكيه الخاصه، وإن كان لنسبه الماده إلى الفاعل البائع، فهو ممتنع، لأن معنى ذلك أن تملكه المتاع للطرف الآخر إنما هو في الغد، فكان الإنشاء والاعتبار فعلياً لكن المنشأ والمعتبر في الغد، فيحصل الانفكاك، وهو محال، أو يخرج الكلام عن كونه إنشاءً ويكون إخباراً.

فظهر أن التعليق إن كان راجعاً إلى الماده أو إلى المفعول، فلا محذور، وإنما المحذور في صورته الإسناد إلى الفاعل.

قال الشيخ:

ومن جملة الشروط التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا في المضمون، بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص، من حيث خصوص المشتري أو المثمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد. ووجه هذا الاشتراط واضح... .

أقول:

ليس المراد المطابقه اللفظيه بل المطابقه من حيث المعنى، فلما كان العقد هو العهد المشدود والمرتبط بعهد آخر، فلا بد وأن يتطابق العهدان، إذ العقد في الحقيقة هو التعاهد، ولولا التطابق لم يتحقق التعاهد.

فمقتضى العقد هو التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو قال: بعتك هذا، وقال الآخر بدل قبلت البيع: قبلت الصلح، لم يكن التطابق، بل هما إنشاءان أجنبيان لا ربط لأحدهما بالآخر. إذن، يجب أن يكون الإيجاب والقبول ماهية واحدة.

وأيضاً: يعتبر الوحده بين العوضين، فلو كان المبيع هو الحنطه ومورد القبول هو الشعير، لم يتحقق العقد؛ ولو باع الحنطه بعشره دراهم فقال المشتري: قبلت الحنطه بخمسه دراهم، لم ينعقد البيع.

وأيضاً: يعتبر الوحده في المتعاقدين، فلو قال: بعته من موكلك بكذا، فقال: اشتريته لنفسى، لم ينعقد.

وهذا فى الجملة ضرورى، وهو من القضايا التى قياساتها معها، لأن العقد - كما ذكرنا مراراً - هو العهد المؤكد أو المشدّد، أى المرتبط بعهد، فهو معاهده بين طرفين، ولولا المطابقه لم يتحقّق المعاهده، بل هما كلامان أجنبيان.

إنّ كلّ عقد فهو مرّكب من الماهيه، أى ماهيه المعامله كالبيع والإجاره والنكاح، ومن المتعاقدين، وممّا يقع عليه العقد من العوضين كما فى البيع، أو لا عوض له كالهبه والوقف والرهن، ومن المتعلّقات.

المطابقه ضروريّه فى الماهيه، فلو قال: «بعتك الجاريه بكذا» فكان القبول: «قبلت تزويجها» أو قال: بعتك الدار، فقال: استأجرتها... وهكذا، بطل العقد، لعدم المطابقه بين الإيجاب والقبول فى ماهيته.

وأما المتعاقدان، ففيه تفصيل.

فإنّ كانا ركنين فى العقد كما فى النكاح والبيع، فلا بدّ من تعيينهما من حيث الأصاله والوكاله والتطابق، فلو قال: بعتك الدار فقال: قبلت البيع لموكلى، بطل.

وإنّ لم يكونا ركنين.

فتارة: يصرّح من حيث الأصاله والوكاله، كأن يقول: بع هذا لنفسك، فلو قال: قبلت لموكلى، بطل، أو يقول: بع هذا لموكلك، فيقول: قبلت لنفسى، كان باطلاً فالتطابق فى هذه الصوره معتبره كذلك، ولولاه فلا معاهده بينهما، والعقد غير متحقّق.

واخرى: لا يصرّح، وفيه تفصيلٌ أيضاً.

فإنّ كان المبيع عيناً خارجيّه، ولا تفاوت فى الغرض بين الأشخاص،

كما لو قال: «بعتك هذا» وهو يرى أنه سيقبل لنفسه لكنه قال: «قبلت لموكلتي» صحَّ العقد، لأنه لم يصرَّح بالأصالة والوكالة، ولم يتعلَّق غرضه بأن يملك العين لشخص القابل. ولو قال: بعتك هذا، فقال الوكيل: قبلت لموكلتي، كان صحيحاً بالأولوية.

وأما إن كان أحد العوضين في الذمَّة ولا تصريح من حيث الأصالة والوكالة، كأن يقول: بعتك هذا بكذا في ذمَّتكَ، أو يبيع الحنطة التي في ذمَّته بكذا بثمنٍ نقداً فيقول: قبلت لموكلتي، ففيه إشكال، لأنَّ الموجود في الذمَّة متشخَّص بها، والشئ في ذمَّته زيد يغيره في ذمَّه عمرو، وإنَّ كانا متماثلين في الجنس والخصوصيات، فلم يتوارد الايجاب والقبول على المورد الواحد.

وأما التطابق في العوضين، فقد يبيع الشئ المعلوم بجميع خصوصياته كأن يقول: بعتك هذه الحنطة بعشره دراهم، فيقول المشتري: اشتريت نصفها بخمسه دراهم. وقد يبيع الشيئين المتماثلين لاثنين بايجاب واحدٍ بثمن واحد، يقول: بعتكما هذين الشيئين بكذا، فيقول أحدهما: اشتريت أحدهما بنصف قيمه، وأما الثاني فلا يقبل، وقد يبيع الشئ بثمنٍ فيقبله المشتري بأكثر منه، كأن يقول: بعتك هذا بخمسه دراهم، فيقول المشتري:

قبلت بعشره دراهم. وقد يبيع الشئ المشاع لاثنين، كأن يبيع كمِّيَّه خاصَّه من الحنطة لهما بعشره دراهم، فيقول أحدهما: قبلت هذا النصف المعين بخمسه دراهم، ويقول الآخر: قبلت النصف الآخر بخمسه دراهم. أو قال البائع: بعتكما هاتين الصبرتين مشاعاً بعشره دراهم، فقبل كلُّ منهما احدى الصبرتين بخمسه دراهم.

وأما التطابق في الخصوصيات، كأن يبيع مشروطاً لنفسه خيار الفسخ فيقول: بعثك هذا بهذا على أن يكون لي خيار الفسخ، فيقبل المشتري البيع دون الخيار، أو يقول: بعثك هذا بهذا بشرط أن تخيط لي ثوباً، فيقبل البيع بلا شرط.

فالمشهور بين الفقهاء: أن تعدّر الشرط أو تخلفه موجب للخيار، فيظهر أن الشرط أمر خارجي لا يوجب تخلفه بطلان العقد، وعليه، فما الدليل على البطلان في هذا الفرض كما اختار الشيخ؟

وأيضاً، فقد اتفقوا على ثبوت خيار تبعض الصفقة للمشتري، فله أن يحتفظ بما يقبل التملك من المبيع ببعض الثمن، وهذا هو مقتضى القاعده، فلماذا يكون البيع باطلاً إن اشترى النصف بنصف الثمن؟

وبالجملة: إذا كان خيار تخلف الشرط وخيار تبعض الثمن على القاعده، كان مقتضى تلك القاعده القول بثبوت الخيار فيما نحن فيه.

ولكل من استادينا هنا بيان:

فقال الميرزا الاستاذ: إن ثبوت خيار تبعض الصفقة فرع لصحة العقد، فلا يكون ثبوته منشأ لصحته (١).

ص: ١٤٢

وقال شيخنا الاستاذ: «صحح العقد في مورد تبعض الصفقه إذا كانت على القاعده، فلا محاله يتوقف الصحح على وقوع المعاقده على الفاقد للشرط وعلى بعض الصفقه، وحينئذ فالقبول بلا شرط أو قبول النصف بنصف الثمن، لا يمنع عن تحقق المعاقده، فاللزام تحقق المعاقده بالإضافة إلى ما يراد بالحكم بصحته. فتدبر» (١).

أى: إن معنى ثبوت الخيار فى الموردین هو أنّ تبعض الصفقه وتخلّف الشرط لا ینافیان تحقق المعاقده، ولو كانا ینافیانه لقالوا بالبطلان، فلماذا تقولون هنا بالبطلان؟

وعلى الجملة، فإنّ مقتضى القاعده ثبوت الخيار، كسائر موارد خيار تخلّف الشرط وخيار تبعض الصفقه، فالقول بكون الخيار فى تلك الموارد على القاعده، والقول ببطلان البيع هنا متنافیان، إذ لا فرق بین صورته تخلّف الشرط بعد وقوع البيع، وصوره عدم قبوله من أوّل الأمر.

وما ذكره الميرزا الاستاذ من أنّ سبب ثبوت الخيار عند تبعض الصفقه - فيجوز له أن يحتفظ ببعض المال ببعض الثمن - هو وقوع العقد صحيحاً على ذلك البعض الذى يمسه المشتري، وكذا فى مورد تخلّف الشرط، فإنّ

ص: ١٤٣

جواز احتفاظه بالشئ مع تخلف العقد متفرع على صحه العقد الواقع على ذات المبيع.

فيه: إن ثبوت خيار تبعض الصّفقه ليس على أثر صحه العقد، بل هو على أثر نفوذ العقد بالنسبه إلى بعض الصّفقه وعدم نفوذه بالنسبه إلى البعض الآخر، وهذا بعينه يقتضى ثبوت الخيار فيما نحن فيه، لأنّ العقد بالنسبه إلى ما قبل نافذ وبالنسبه إلى ما لم يُقبل غير نافذ، فلا فرق بين مورد البحث وموارد خيار تبعض الصّفقه... وكذا الأمر فى خيار تخلف الشرط بلا فرق.

وبعبارة اخرى: منشأ الخيار هو تأثير العقد فى البعض، بأن يكون مالكا له لصحه العقد، وعدم تأثيره فى البعض الآخر، لعدم كونه ملكا للبائع أو كون فاسداً مثلاً، فالعقد بالنسبه إليه فاسد، وهذا المنشأ بعينه موجود فيما نحن فيه، ولا وجه للقول بالفساد هنا(١).

والتحقيق:

فيما لو باع شيئاً وقبل المشتري نصفه بنصف الثمن، وأمثال ذلك، إنه إذا عرضت صفه على مركب فإنها تنبسط على جميع أجزائه، لأن المركب عبارته عن نفس الأجزاء بالأصل، فكلّ جزء من أجزائه يتّصف بتلك الصفه

ص: ١٤٤

لا محاله، فإذا باع مجموع الصّفقه فقد عرضت الملكيه على أجزاء تلك الصّفقه بأسرها، فإذا قبل المشتري بعض الصّفقه بنصف الثمن ولم يقبل الآخر، لم يصح، لأن ملكيه البعض الذى قبله متفرعه على العقد، وتمايمه العقد موقوفه على قبوله، فلا معنى لتقدّم الملكيه على القبول.

وبعبارة اخرى: إن السبب المملك هو العقد، والذى انبسط على أجزاء المبيع هو التمليك الإنشائي للبائع، لكنّ تملك المشتري للبعض موقوف على العقد وتمايمه العقد موقوفه على قبول المشتري، فكيف يكون مالكا للنصف وهو غير قابل للعقد؟

أما فى موارد خيار تبعض الصّفقه، فالمفروض تمايمه العقد، إذ البائع أوجب البيع بالنسبه إلى الصّفقه كلّها، والمشتري قبل ما فعله البائع، وانبسط العقد على جميع الأجزاء، وحصل التطابق بين الإيجاب والقبول، غير أنه قد ظهر دليل شرعى عدم صلاحيه نصف المبيع لملكيه المشتري، فهو لا يملك هذا النصف ويملك النصف الآخر، وحيث كان من قصده شراء كلّ الصّفقه لا نصفها، فله الخيار فى الالتزام بالعقد وإنفاذ المعامله بالنسبه إلى النصف، وعدم الالتزام به وفسخه.

فظهر أنّ الصحيح هو البطلان فيما نحن فيه وفاقاً للشيخ، وظهر الفرق بينه وبين موارد الخيار.

هذا بالنسبه إلى خيار تبعض الصّفقه.

وتلخص:

ضروره التطابق بين الإيجاب والقبول فى الجهه الاولى وهى مادّه المعامله، وإلا لم يتحقق العقد.

ص: ١٤٥

وأما في الجبهه الثانيه، وهى فى المتعاقدين، فقد كان لنا تفصيل.

الجبهه الثالثه: التطابق فيما يقع عليه العقد سواء المعاوضى وغير المعاوضى.

إنه لا بد من التطابق فى هذه الجبهه، والاختلاف من حيث الشخص والصنف مضر بصحة العقد، لأن عنوان العقدية متقوم بوحده العهدين، ولولا توافقهما فى العهد فلا يتحقق العقد.

أما لو وقع الاختلاف بينهما من حيث البعض والكلى، فهنا ربما يقال بالصحه والخيار.

وما يمكن أن يبرهن به على هذا القول هو: إن كل صفه تعرض على المركب لا محاله تكون عارضه لأجزائه، إذ ليس المركب غير الأجزاء، فلو باع الدار بمائه دينار فقال المشتري: قبلت نصفها بخمسين ديناراً، صح العقد وثبت الخيار للبائع، نظير ما لو باع شيئاً وقبل المشتري ثم بان أن بعض الثمن ليس ملكاً للمشتري، فله خيار تبعض الصفقه كما تقرر فى محلّه.

وفيه: إن المشتري إنما يملك ما أوجب العقد ملكيته له، فالمؤثر هو الملكيه العقدية لا الملكيه الإنشائية من ناحيه البائع، والملكيه العقدية عباره عن توافق العهدين على الشئ الواحد، والعهد أمر بسيط، وهو ينحل انحلالاً عقلياً على كل جزء جزء من المركب ويكون مورداً للعهد، وهذا التوافق غير متحقق إلّا بأحد النصفين، أما النصف الآخر فلا توافق عليه، لأن عهد البائع بالنسبه إليه ضمنى وعهد المشتري استقلالى، وإذا اختلف العهدان لم يتحقق العقد.

وبعباره اخرى: العهد الضمنى الانحلالى للنصف لا ثبوت له إلّا بثبوت

الكُلِّ، فلمَّا تعهّد البائع بالنسبه للكُلِّ فقد تعهّد بالنسبه للنصف ضمناً، لكنّ المشتري بقبوله للنصف فقط تعهّد بالنسبه إليه بالاستقلال، فلو أريد إيجاد توافق العهدين بالنسبه إلى هذا النصف الذى قبله المشتري لزم أن يكون من ناحيه القبول، ولكنّ القبول متوقف على تحقق العهد من البائع بالنسبه إليه - لأن القبول فرع الإيجاب - فيلزم الدور.

هذا بالنسبه إلى الجهه الثالثه.

وأما الجهه الرابعه، وهى التطابق فى التوابع والخصوصيات(١)، فإنّ

ص: ١٤٧

للشروط صوراً، فإن كان المبيع كلياً والشرط منوعاً له، فوقع الاختلاف، بطل العقد، لأن الإيجاب والقبول مع اختلاف العوضين جنساً أو صنفاً أو نوعاً، غير واردين على موردٍ واحدٍ، وهو موجب للبطلان كما تقدم.

وإن كان الشرط أمراً خارجاً، كما لو باع بشرط الخيار وكان قبول المشتري بدون الخيار، وظاهر معنى البيع بشرط الخيار هو نفى ما كان يقتضيه ظاهر حاله من الالتزام بالعقد وعدم الرجوع عنه، لكن المشتري إنما يقبل بلا خيار للبائع، فمقتضى القاعده صحه العقد، لأن التزام البائع بالعقد خارج عن ماهيته، فالعقد واقع، غير أن المشتري يطلب من البائع الالتزام به وهو لا يريد، فهما متوافقان على العقد ومختلفان فيما هو خارج عن حقيقته.

أمّا لو باعه الدار واشترط عليه خياطه ثوباً له مثلاً، فإن كان تملكه منوطاً بالخياطه، فما لم تتحقق لم يجز له التصرف، لكنهم يقولون بصحة العقد، وهذا يكشف عن أن العقد غير منوط بالشرط، فهنا احتمالان:

فالمحكى عن المشهور هو الصحه، لأن المنوط به الالتزام بالتمليك هو التزام الطرف الآخر بخياطه الثوب، فإذا التزم صح العقد لتحقق الالتزام من الطرفين، وأما اختلافهما في الشرط فلا يضرّ بالعقد لأنه خارج عن حقيقته.

لكن الإنصاف أنه بعيد عن ظاهر الكلام، فإن قول البائع: ملكتك هذا بشرط أن تخط لي ثوباً، ظاهر في إناطه التمليك، فإذا قال: قبلت من دون الالتزام بالشرط حصل الاختلاف وبطل العقد.

مسأله وقوع كل من الإيجاب والقبول في حال يجوز لكل منهما الإنشاء

إشاره

قال الشيخ:

ومن جمله الشروط في العقد: أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء... .

أقول:

يعتبر في صحه العقد: أن يكون كل من المتعاقدين واجداً للشرائط في حال إنشاء الآخر، فإذا أوجب البايع الإيجاب الذي يصح منه في حال، اعتبر أن يكون على ذلك الحال في حين إنشاء الطرف المقابل للقبول، مثلاً: إذا قال بعت ثم نام أو جن، فقال الطرف قبلت، لم يؤثر.

وهكذا الأمر بالنسبه إلى الشرائط الشرعيه، فلو قال «بعت» وحجر عليه الحاكم الشرعي أو عرض عليه الرقيه مثلاً، لم يؤثر قبول القابل.

وهذا من الشرائط العقلية المقومه لماهية العقد، فقد ذكرنا مراراً أن الإنشاء من أطوار استعمال اللفظ في المعنى، والعقد إنشاء من الطرفين، وهو أمر قصدي، فلو كان في حال لا يتمشى منه القصد فلا إنشاء، فإذا قال المجنون أو المغمى عليه أو النائم: «بعت» لم يؤثر.

ومن الشرائط ما هو معتبر في الشرع، كأن يكون بالغاً، فالصغير - وإن أنشأ عن قصد للمعنى - لا يؤثر إنشاؤه، والمفلس ينشؤ عن قصد لكن لا أثر له لكونه محجوراً عليه، وكذا السفیه، والرق يتحقق منه الإنشاء وهو قاصد

ص: ١٤٩

للمعنى، لكن لا يترتب عليه الأثر شرعاً.

فالشرائط إما عقلية وإما شرعية كما أوضحنا.

فكل من الموجب والقابل يعتبر فيه أن يكون عند الإنشاء على حالٍ يترتب الأثر على إنشائه بحسب الشرائط العقلية والشرعية، وأن يكون باقياً على تلك الحال حتى إنشاء الطرف المقابل، فإذا تحقق ذلك تحقق العقد.

إنما الكلام في أنه هل يترتب الأثر على القبول إن لم يكن القابل واجداً للشرائط العقلية والشرعية في حين إيجاب الموجب وإن كان واجداً لها عند القبول، أو لا يترتب؟

مثلاً: لو كان القابل في حال إيجاب الموجب نائماً أو كان رقاً، ثم أنشأ القبول في حال اليقظة والحريه، فهل يؤثر؟

ولو أنشأ الموجب الإيجاب واجداً للشرائط ثم فقد بعضها، فهل يؤثر قبول القابل والحال هذه؟

قال الشيخ:

ثم إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء بل النوم، فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقده والمعاهده حينئذٍ... وإن كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه عن مفهوم التعاقد والتعاقد...

فالشيخ يعتبر وجدان الشرائط مطلقاً، غير أنه إن كان فاقداً للشرط العقلي، كالنوم والإغماء والجنون... فلعدم تحقق المعاهده، وإن كان فاقداً للشرط الشرعي، فلخروجه عن مفهوم التعاقد والتعاقد عرفاً.

ثم قال:

والأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب

ص: ١٥٠

السابق، وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض أو كان ممن لا- يعتبر رضاه كالصغير، فصحة كل من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب وبه يتم معنى المعاقده.

وقد جعل الشيخ المدرك لما ذكره، قول الفقهاء بأن الموجب يعتبر أن يبقى على تعهده، ولذا لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق وبطل العقد، لأن ذلك يفيد أن ما أنشأه الموجب لا بد أن يبقى ويستمر من حينه إلى حين القبول من الطرف.

وتعرض في الأثناء للوصية جواباً لإشكالٍ مقدّر فقال:

«وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط تحققه لا ركن، فإن حقيقه الوصية الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك».

وذلك: إنه لو أوصى إلى زيد ولم يعلم بها زيد حتى مات الموصى، فقبلها، صحت الوصية، فكيف ذا والشرائط غير مستمره إلى وقت القبول؟

فأجاب: بأن حقيقه الوصية: الإيصاء، فهي إيقاع لا عقد، والقبول شرط لصحتها، ويشهد بذلك: أنه لو أوصى وصية تملكه فمات الموصى له قبل القبول، قام وارثه مقامه، مع أن الوارث لم يكن طرفاً للوصية، فمن هنا يستكشف أن الوصية ليست عقداً من العقود، بل القبول من الموصى له أو من وارثه من شروطها.

وتعرض الشيخ في الأخير - بعد ذكر اعتبار استمرار الرضا النفساني من كل من المتعاقدين بدءاً بالإيجاب وانتهاءً بالقبول - للرّضا في مسأله بيع المكره، فقال:

ثم إنهم صرّحوا بجواز لحوق الرضا ببيع المكره... لأجل الإجماع.

فهذا نقض آخر، لأنّه إذا كان الرضا بعد الإيجاب والقبول مؤثراً مع كونه من الشروط المعترية وجودها في العقد، فلم لا يكون حصول الشروط قبل القبول مؤثراً؟

وأجاب: بأنه على خلاف القاعده لأجل الإجماع.

وقال السيّد:

لا- دليل على هذه الكليّة، وعدم صدق المعاقده والمعاهده إنما يتم في بعض الفروض، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الإغماء أو النوم أو الجنون، وأمّا في بقيه الصّور فنمنع عدم الصّيدق، خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك وأن المشتري يقبل لا محاله، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو السفه... (١).

وحاصله: إنه لا دليل على اعتبار توفّر الشروط في العقد من البدء إلى النهاية.

وكأنه يريد التفصيل بين الشروط العقلية والشّرعية، بالاعتبار في الاولى فقط، بل يستفاد من كلامه اعتبار وجود الشروط العقلية في القابل حين إيجاب الموجب، أمّا الشرعية، فيكفي وجودها حين القبول منه، فلو أوجب الموجب فنام ووقع القبول في حال نومه صحّ.

وقد وافق مشايخنا الشّيخ فيما ذهب إليه، فقال شيخنا الاستاذ:

ص: ١٥٢

«أما عدم الأهلية لما يوجب امتناع تحقق المعاهدة والمعاقده، كموت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فإن مناط عهد كل منهما والتزامه وإن كان حياه المتعهد وعقله ويقظته، وهي مفروضه الحصول هنا، إلا أن مناط المعاهدة مع الغير يقتضى كونهما معاً كذلك في حال الإيجاب وفي حال القبول، إذ معيه المتعاقدين ليست معيه جسم مع جسم ولا معيه حيوان مع حيوان، بل معيه شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم له الغير، وإلما فلا ينقذح القصد الجدوى في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو الحمار، وعلمه بالفتاته فيما بعد لا يصح المعاهدة معه فعلاً...».

وحاصله: إن عنوان «المعاقده» و«المعاهدة» متقوم بالمعيه، وهي ليست خارجيه بل نفسائيه وهي العهد، وقوام العهد بالالتفات والإدراك، فلا بد أن تكون بينهما معيه في الشعور والإدراك والالتفات من أول العقد إلى آخره، فلو فقد شيء من الشرائط في أحدهما عند إنشاء الآخر، انتفت المعيه، والعقد غير متحقق.

قال: «ومنه تبين أن جعل الحكم في المكره على خلاف القاعده لأجل الإجماع غير وجيه أيضاً، إذ الإجماع لا يجعل غير العقد عقداً، بل عقد حقيقي منوط تأثيره بتبدل الإكراه بالرضا الطبيعي، فإذا تبدل دخل في التجاره عن تراض حقيقه» (١).

وحاصله: إن مؤثره لحوق الرضا على القاعده خلافاً للشيخ، لأن

ص: ١٥٣

المكره ملتفت إلى المعنى قاصداً له، غير أنه مكره على هذا القصد ولم يصدر منه عن طيب نفس، كما لو كان مضطراً إلى بيع داره مثلاً، حيث أن الرضا العقلي موجود وإن لم يكن عن طيب نفس، فإذا لحقه الرضا أثر أثره، وأما إذا كان مكرهاً على العقد بحيث لا يكون قاصداً للمعنى وكان مجرد لقلقه اللسان، فلا أثر للرضا اللاحق أصلاً.

وقال الميرزا الاستاذ ما حاصله:

إنه كما يكون إنشاؤه في حال فقد بعض الشرائط العقلية لغواً، كذلك يكون بالاعتبار الشرعي إذا أنشأ في حال فقد شيء من الشرائط الشرعية، فبطلان العقد يرجع إلى عدم القصد حقيقةً أو تنزيلاً.

وأما لحوق الرضا في بيع المكره فعلى القاعده (١).

فقول:

إن مقتضى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وجود العقد وتحققه، والعقد - كما ذكرنا

ص: ١٥٤

مراراً - هو العهد المشدّد أو المؤكّد أى المرتبط بعهدٍ آخر، إذن، لابدّ من العهد من الطرفين والارتباط بينهما، أمّا اعتبار وجود العهد من كلّ منهما فى حين عهد الآخر، فلا دليل عليه من الآيه وغيرها، فلو أوجب البيع مثلاً واجداً للشرائط ولم يكن للقبيل عهد أو ما كان واجداً للشرائط، ثم حصل له العهد أو توفّرت فيه حين القبول فقبل، كان مقتضى القاعده الصحّه، لصدق الارتباط بين العهدين المحقّق لعنوان العقديّه، ولا يلزم أن يكون الارتباط فى زمانٍ واحد.

إذن، لابدّ من الدقّه فى هذه الناحيه، فإنّ الارتباط بين العهدين الواجدين للشرائط مقوّم للعقد، ولكن لا يلزم أن يكون فى زمانٍ واحد، فلو حصل العهد الإيجابى فى زمانٍ وبقي مستمرّاً إلى العهد القبولى الواقع فى زمانٍ آخر، لماذا يكون باطلاً؟

تحقيق المقام

وتحقيق المقام بعد رسم مقدمه فيها امور:

الأول: إنّ الإنشاء - كما ذكر من قبل - طورٌ من أطوار استعمال اللفظ، وهو من الامور القصدية.

والثانى: إنّ العقد، عبارته عن العهدين المؤكّد والمشدّد أحدهما بالآخر.

والثالث: إنّ ما يصدر من الموجب مسندٌ إلى غيره، وهو إمّا كاف الخطاب إذ يقول: بعتك، أو اسم صريح مثل: بعته من زيد، أو ضمير كقوله:

بعته. فعلى كلّ حالٍ يحتاج إلى مسندٍ إليه، والبيع وإن كان مبادله مالٍ بمال، لكنّ لابدّ من وجود من تتحقّق المبادله بين ماله ومال البائع، وأيضاً: تتوقف حلّيه هذه المبادله على القبول من الطرف الآخر، فلا ينطبق قوله تعالى «أحلّ

اللَّهُ الْبَيْعُ» إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْمَبَادِلَهُ بَيْنَ الْمَالِينَ بِوُجُودِ الطَّرْفِ الْآخِرِ وَرِضَاهُ بِالْمَبَادِلِهِ... إِذَنْ، لَا بَدَّ مِنَ الْإِرْتِبَاطِ بَيْنَ الْعَهْدِينَ.

والرابع: قولنا «معاهدته» و«مبايعته» و«معاقدته» متقوّم بالاثنتين كما ذكرنا، ولكن لا يلزم فيه الوحده الزمانيه، فالمفاعله تصدق مع تعدّد الزمان، فلو كتب أحد الشخصين الآن وكتب الآخر في وقتٍ لاحق، صدق عنوان «المكاتبه» على فعلهما حقيقه، وكذا المكالمه والمخاطبه والمناوله.

إن «المفاعله» متقوّمه بالاثنتين مع التطابق بينهما، بأن يكون عهدٌ وعهد، عقد وعقد، تكلم وتكلم، أمّا أن يكونا في زمان واحدٍ، فلا.

والخامس: إن الأوصاف على أنحاء.

فمنها: ما لا يتمشى القصد من المتّصف بها، كالتائم والمغمى عليه والمجنون، فهؤلاء لا قصد لهم ولا يمكن المعاهدته الجديّه معهم.

ومنها: ما يتمشى معه القصد ويمكن المعاقده الجديّه مع المتّصف بها، ولكن لا اعتبار لذلك شرعاً، كالسفيه، والمفلّس، والصبيّ المراهق، وأمثالهم...

وبعد الفراغ من المقدمه نقول:

لو أوجب البائع البيع واجداً للشرائط المعتره عقلاً وشرعاً فمات، فقد خرج الشىء ملكه ولا أثر لقبول القابل، لعدم الموضوع، وكذا الكافر الحربى إذا استرق بعد الإيجاب وقبل القبول، فإنّ المال يكون لمولاه ولا موضوع للقبول حينئذٍ، ولو عرض عليه الإفلاس أو السفه فكان محجوراً عليه، خرج المال عن ولايته ولا أثر للقبول بعد ذلك.

وبالجملة، فما لم يأت القبول لم يتحقّق العقد، فلو خرج المال عن ملك البائع بسبب من الأسباب كالموت والجنون والرّقيه، أو خرج عن الطلقه،

فلا أثر للقبول، نعم، لو أجاز الغرماء في بيع المفلس فلا إشكال ظاهراً، وكذا في كل موردٍ قابلٍ للحقوق الإجازة.

وعلى ما ذكرنا، فإنه لا يبعد الصحة في صورته النوم، لأنَّ حيثية العهديه قائمه بالنفس الناطقه، والإضافه الملكيه موجوده، فيكون القبول اللاحق مؤثراً، بخلاف الإغماء، حيث تزول به العهديه ويبطل العقد، وبخلاف الموت، حيث يخرج المال عن ملكه.

وأما من ناحيه المشتري، فلو كان نائماً أو مغمى عليه أو مجنوناً في حين الإيجاب، فأفاق بعد تماميه الإيجاب أو استيقظ وقيل، لم يؤثر، لكونه في ذلك الحين فاقداً للصّفات الدخيله في جدّيه العهد، أمّا لو كان صغيراً أو مفلساً أو سفيهاً ونحو ذلك ممّا لا ينافي جدّيه العهد، ثم كان في حين القبول واجداً للشرائط، فلا دليل على عدم التأثير للقبول.

فالتحقيق هو الفرق بين الصّفات المقومه للعهد الجدّي وغير المقومه له، فإن كان القابل فاقداً حين الإيجاب لشيء من القسم الأوّل بطل العقد، وإن كان فاقداً لشيء من القسم الثاني حينذاك وواجداً له حين القبول فالعقد صحيح (١).

وأما الوصية، فما ذكره الشيخ هو الصحيح، إذ الوصية إيقاع، إذ لو كان عقداً لما كان لقيام الوارث مقام الموصى له وجه، لأنه كان هو طرف المعاملة، فمن قيامه مقامه شرعاً نستكشف أنه إيقاع موجب لحدوث حق للموصى له، وكل حق للميت فإنه ينتقل إلى وارثه.

وأيضاً: يشهد بكونه إيقاعاً أنه لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك، ولو كان عقداً فقد تقرّر أنّ القبول بعد الردّ غير مؤثر، غير أنّا نضيف نكتة هي: إنه إن كان القبول بعد الردّ في حال حياة الموصى، فما ذكره تام، سواء كانت الوصية عهديّة أو تملكيّة، وأمّا إن كان بعد موت الموصى، فلا يمكنه الردّ إن كانت عهديّة بل هو ملزم بالعمل بالوصية، وإن كانت تملكيّة فقبوله بعد الردّ بلا أثر، إجماعاً بقسميه كما في الجواهر (1)، فلا بدّ من أن يكون مراد الشيخ - من جواز القبول بعد الردّ - أن يكون في حياة الموصى.

ص: ١٥٨

قال الشيخ:

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغه، فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه... .

أقول:

لو اختلفا، فقال أحدهما بفساد العقد بغير العريه والآخر بعدم فساد، أو اعتبر أحدهما الماضيه والآخر لا يعتبر، أو قال بكفايه الكنايه في العقد والآخر يعتبر الصراحه، إلى غير ذلك... فتلاثه أقوال:

أولها: فساد العقد، قال به جماعه، لأن العقد أمر واحد متقوم بالطرفين، فلا بد من أن يتفق الطرفان في جهه صحه العقد... .

والثاني: صحه العقد، وأن الاختلاف غير مضر.

وثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النقل، كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسيه.

وهذا الوجه عند الشيخ أردء الوجوه.

قال الشيخ:

والأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهريه المجتهد فيها بمنزله الواقعيه الاضطراريه... أم هي أحكام عذريه لا يعذر فيها إلامن اجتهاد أو قلّد فيها.

أقول:

ذكر قدس سره أن القولين الأولين يبتنيان على ما طرح فى الاصول من أن الأحكام الظاهريه هل لها حيثيه الموضوعيه أو أنها طريقيه محضه، بمعنى: هل بقيام الدليل من أماره أو أصل تتحقق مصلحه ينشأ الحكم على طبقها أو لا؟ فإن كان الأول، فالعقد صحيح، لأن كلاً من المختلفين يستند إلى دليل أو أصل قائم على ما يختاره، فيوجب حدوث مصلحه هى منشأ للحكم الشرعى، فكما أن صلاه المتيمم، بمنزله صلاه واجد الماء، كذلك يكون الإيجاب بالفارسيه من المجتهد القائل بصحته بمنزله إشاره الأخرس فى ترتب الأثر، فالأحكام الظاهريه الثابته على طبق الاصول والأمارات واقعيه ثانويه، نظير الأحكام الثابته فى مورد الاضطرار المجعوله واقعاً، على طبق المصلحه الحادثه، وعليه، فإن لكل المتعاقدين حكماً شرعياً واقعياً، فيكون صحيحاً.

وإن كان الثانى، فالعقد غير صحيح، لأن الأحكام الظاهريه لا توجب مصلحه واقعيه، وإنما هى فى صورته المخالفه للواقع معذره، فإذا اختلف المتبايعان كان الحكم الواقعى على ما هو عليه، وهما معذوران فيما إذا خالف عملهما للواقع.

قال المحقق الخراسانى: «هذا إذا قلنا بأنها أحكام واقعيه مطلقاً ولو فى حق من رأى خلافها، ولو قلنا باختصاص ذلك بمن رأى بواقعيته كما هو الأظهر، فلا يتفاوت كونها أحكاماً واقعيه أو عذريه فيما هو المهم فى المقام،

ص: ١٦٠

وإنما التفاوت بينهما في مقام آخر عند كشف الخلاف» (١).

والحاصل: إنه لو كان حكماً واقعياً ثانوياً فلا أثر له كذلك، فلو حصل ذلك للموجب كان حكماً شرعياً، ولا ربط لذلك الحكم بالقابل، فلا فرق بين القولين في النتيجة فيما نحن فيه.

وما أفاده متينٌ جداً، فإن من قامت لديه الأماره تكون الأماره سبباً لقيام المصلحه في المؤدى، وهو مكلف بذلك الحكم ولا ربط له بغيره.

ولكن ليس كلامه على كليته بحسب ما أفاده شيخنا الاستاذ حيث قال:

«وتحقيق المقام: أن الملكية إذا كانت من الأمور الواقعيه والموضوعات الخارجيه، فإن كانت الاماره حجه من باب الطريقيه المحضه فهى لا توجب إلا العذر عند الخطأ، فالتصرف بالعقد الفارسى تصرف فى مال الغير؛ وهو حرام، غاية الأمر أنه معذور فى هذا التصرف الحرام واقعاً، وإن كانت حجه من باب الموضوعيه، فالتصرف وإن كان فى مال الغير حقيقه؛ لكنه جائز حقيقه، لكون التصرف بعنوان أنه تصرف فى مال الغير بسبب العقد عليه ذو مصلحه غالبه على مفسده التصرف فى مال الغير؛ فلا يكون حراماً واقعاً، وحيث أن الملكية حينئذ واقعيه ولها سبب واقعي لا جعلى، فالتعبه بالملكيه عند العقد الفارسى تعبد بآثارها، وحينئذ يمكن الاطلاق والتقييد من حيث الآثار.

فبناءً على الاطلاق يجوز للمعتقد جميع التصرفات المترتبه على الملك، ولا يجوز لغيره التصرف فيه بدون رضاه، وإن لم يعتقد سببه ما يراه

ص: ١٤١

وبناءً على التقييد يجوز للمعتقد التصرف فيه فقط من دون حرمة التصرف بدون رضاه لمن لا يعتقد سببته.

وأما إذا كانت الملكية من الاعتبارات - كما قدمنا (١) بيانه وشيدنا بنيانه - فأسبابها أيضاً جعليه، فربما يكون ذات العقد العربي - بما هو - ذا مصلحة مقتضيه لاعتبار الملكية من الشارع، وربما يكون العقد الفارسي - لا بما هو؛ بل بما هو عقد قامت الحجّه على سببته شرعاً - ذا مصلحة مقتضيه لاعتبار الملكية شرعاً، فما انتقل إلى المعتقد بالعقد الفارسي ملك شرعاً حقيقه؛ حيث لا واقع للاعتبار إلّأنفسه، فيترتب جميع آثار الملك عليه بعد تحقّق سببه في حقّ المعتقد وغيره، وإنّ كانت لا سببته للعقد الفارسي بالاضافه إلى غير المعتقد، وعليه فليس له كشف الخلاف، بل لا يجوز التسبب به بعد تبديل الرأي، وإلّا فالاعتبار لا ينقلب عما هو عليه.

وهذا بخلاف ما عدا الأمور الوضعيه كالواجبات التكليفيه على الموضوعيه، فإنّ مجرد كون صلاحه الجمعه التي أخبر بوجوبها العادل - بلحاظ العنوان الطارئ ذا مصلحة، كما يقتضيه ظهور الأمر بها في البعث الحقيقي المنبعث عن مصلحة في متعلقه ولو عرضاً - لا يقتضى أنّ تكون المصلحه فيه مصلحه بدليّه عن مصلحه الواقع، فبعد كشف الخلاف يتبيّن بقاء مصلحه الواقع على حاله فيجب تحصيلها، وليس في باب المعاملات مصلحه لازمه التحصيل كي يجرى فيها هذا البيان، وتام الكلام

ص: ١٦٢

وملخصه:

إن الأحكام التكليفية مبتنية على الملاكات، وهى بحسب الأشخاص مختلفه، فبناءً على أن الأماره سبب موجب لحدوث المصلحه، فإنه يحدث الحكم التابع لها لمن قامت عنده الأماره، من الوجوب والحرمة والصحة والفساد فى الامور العباديه وجواز التصرف وعدمه... إلى غير ذلك. أمّا الأحكام الوضعيه، فهى اعتبارات، فلو اعتبرت الملكيه فى موردٍ بسبب قيام الأماره، فليس هناك واقع فى ماوراء الاعتبار، بخلاف الأحكام التكليفية فلها واقع ومقام ظاهر.

وعليه، فإذا قامت الأماره على حكم وضعى، فبناءً على الموضوعية والسببية يحدث الملاك للاعتبار الشرعى، وحينئذٍ يعتبر الملكيه، ولا معنى لانكشاف الخلاف، نعم، لو حصل التبدل فى الرأى ينتهى أمد الاعتبار، فللقائل بالموضوعية أن يقول بأن لكل من المتبايعين أن يرتب الأثر على الأماره القائمه عنده.

فإشكال المحقق الخراسانى على الشيخ بالنسبه إلى الأحكام التكليفية وارد، دون الأحكام الوضعيه، إذ لا واقعه لها إلّا موطن الاعتبار، فإذا تحقق الملاك للحكم مثلاً ثبت الحكم وترتب عليه الأثر.

وعلى الجملة، فقد أفاد الشيخ أن الأحكام الظاهرية إن كانت واقعية ثانوية كالأحكام الاضطراريه، فاختلافهما غير مضر، وإن كانت عذريه

ص: ١٤٣

والواقع محفوظ على ما هو عليه، كان اختلافهما موجبا للبطلان.

لكن قد ظهر ممّا ذكرنا: أن الصحيح عدم البطلان على القول الثانى فى الأحكام الوضعيه، فلو كان البائع يرى صحه العقد بالفارسيه - مثلاً - وأنه موجب للملكيه والقابل لا يراه وإنما أنشأ رجاءً، فللبائع التصرف فى الثمن وليس للمشتري التصرف فى الثمن، فالعقد يؤثر أثره لمن قام عنده الأماره أو الأصل المقتضى لذلك الحكم الظاهرى.

وحيث نقول:

إن من الأحكام الشرعيه ما يجب ترتيب الأثر عليه حتى من غير القائل به، مثلاً: لو اشترى شيئاً بالعقد الفارسى، لم يكن لغيره القائل ببطلان العقد بالفارسيه أن يشتري الشىء من البائع الأول، ولو تزوج امرأه بعقد يراه صحيحاً، لم يجوز للغير القائل ببطلان ذلك العقد أن يتزوجها... .

هذا ما عليه الأصحاب، واستفادوا ذلك من الأخبار فى أن كلّ ذى دين يجرى عليه حكم دينه (١) قالوا: المراد من «الدين» فيها هو «المعتقد»، فمن المسلمات أن المرأه الكتابيه إذ أسلم زوجها فهى باقيه على زوجيتها، فلا يجوز للمسلم أن يتزوجها، بل إنّ مقتضى: ألزومهم بما ألزموا به أنفسهم (٢):

أنّ عليهم ترتيب الأثر وإن كان بضررهم، مثلاً: لَمَّا كان العامه قائلين بالتعصيب، جاز للإمامى إذا كان من عَصَبه الميت الأخذ من الإرث، وإن لم يكن له ذلك على دين الإماميه إنّ كان الميت إمامياً.

ص: ١٦٤

١-١) وسائل الشيعه، الباب ١٠ من أبواب حدّ المرتد، الرّقم: ١٣ و ١٤ و ٢١ و ٤٨ و ٤٩

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٦ / ٣٢٠، الباب ٣ من أبواب ميراث المجوس، الرّقم: ٢

وبعد هذه المقدمة نقول:

ذكر الشيخ في المقام ثلاثه وجوه، وجعل الأول والثاني مبنيين على المسأله الاصوليه في مباحث الأحكام الظاهريه، والأولى أن يقال:

تارة: كل من المتعاملين المختلفين يستند إلى أماره، واخرى: يستند أحدهما إلى أماره والآخر لا يرى حججه تلك الأماره بل يأخذ بمقتضى الأصل.

والاختلاف في أن الأحكام الظاهريه أحكام حقيقته أو عذريه، يبتنى على أن «صدق العادل» ظاهر في وجوب العمل بقوله وترتيب الأثر عليه، وكل حكم شرعي يكشف إننا عن الملاك وهو موجود في نفس المؤدى، ومن جهه اخرى: ليس لنا أن نقول بأن المصلحه في المؤدى تعارض المصلحه الواقعيه وتتقدم عليها، فإنه تصويب باطل، فلا مناص للقائل بالسببيّه من الالتزام بالترتب أن يقول: بأن الأحكام الواقعيه مجعوله تبعاً لمصالحها، ثم إن الأماره القائمه للجاهل بذلك الحكم الواقعي، توجب مصلحه يستتبع حكماً ظاهرياً له يجب عليه العمل به مادام جاهلاً بالحكم الواقعي، فالواقع محفوظ وليس ما قامت عليه الأماره بدلاً عنه، وإنما هو حكم ظاهري يطبقه من قامت عنده في ظرف الجهل، إلى أن ينكشف له الواقع أو يتبدل رأيه.

أو أن «صدق العادل» ليس ظاهراً في وجوب ترتيب الأثر، بل هو حكم من المولى بداعى التنجيز للواقعيّات، فإن كان العمل بالأماره مطابقاً للواقع فهو، وإن كان خالفه كان مؤدى الأماره عذراً له.

هذا هو مبنى البحث.

ص: ١٤٥

وحيثُ نقول: ظاهر تنظير الشيخ القول الأوّل بإشاره الأخرس، هو أن القائلين يريدون إنه كما أنّ الشارع اعتبر السبب لإشاره الأخرس، وإشارته يتحقق العقد وتحصل الملكيه، كذلك جعل الأماره قائمه سبباً للملكيه...

فإن كان هذا مرادهم، فالقول بصحّه العقد متين جداً، إذ الأماره القائمه دلّت على صحّه العقد بالفارسيه وحصول الملكيه به فى اعتبار الشارع، والمفروض أنه ليس للطرف المقابل أماره على خلافها، فهو ينشأ القبول ويترتب الأثر.

نعم، لو كان اختلافهما على أثر قيام الأماره لكلّ منهما على خلاف الاخرى، فالأمر مشكل، وقد يستظهر من كلام السيد أنهما تتساقطان.

وأما بناءً على القول الثانى، فإما يكون الطرف الآخر معتقداً بالخلاف، فلا يتمشى منه الإنشاء كما هو واضح، وإما يكون فاقداً للدليل على الصحّه بالعقد الفارسى - مثلاً -، فإن صدر منه الإنشاء جداً جاز للطرف القائل بالصحّه التصرف فيما أخذ، وتصرف الآخر الشاكّ فى الصحّه فيما أخذ غير جائز.

تحقيق المقام

وبعد، فإن واقع المطلب هو:

إنّ مسأله أن الأحكام الظاهريه هل هى أحكام واقعيه ثانويه لها السببىه فى حدوث المصلحه، أو أنها طرق منجزه للواقع عند الإصابه ومعدّره للمكلف عند المخالفه؟ إنما طرح فيما إذا كان هناك روايه، أمّا مع وجود العلم فهو حجّه غير جعليه، وكذلك الكلام فى ظواهر الكتاب والأخبار، فإن حجيتها ليست مجعوله من قبل الشارع، وليس له فى موردها حكم مماثل،

بل هي حجة عقلانيته أمضاها الشارع، وإنما يختص القول بجعل الحكم المماثل بالأماره، فلا مجال للبحث عن السبب في العلم والظواهر، وإنما يطرح في مورد يكون للشارع فيه حكم.

فهذه نقطه.

ونقطه اخرى: ما ذكرناه من أن الأحكام الظاهرية منشأه للطريقه أو للتنجيز والإعذار، كل ذلك صحيح في عالم الثبوت والتصوير، فقوله: «صدق العادل» جعل للطريقه أو الحجيه أو المنجزيه والمعدريه لقوله، أميا في عالم الإثبات، فلا دليل عليه أصلاً، وغايه ذلك هو الإستظهار، ولذا قلنا في الاصول: إن الأحكام الشرعيه الواقعيه في عصر الغيبه منجزه، إلا أن للجاهل أحكاماً يجوز له العمل فيها من أجل مصلحه قائمه بذلك، فإنها وإن لم تكن بدلاً عن الواقع - إذ القول بذلك يستلزم التصويب - أحكام حقيقيه متعلقه بالجاهل بما هو جاهل، فإذا ظهر الإمام عليه السلام ارتفع الجهل، ولم يبق موضوع لتلك الأحكام، وأما أن تلك الأعمال التي أتى بها الجاهل في ظرف الجهل يتدارك بها الواقع أو لا؟ فذاك أمر آخر، ولا يبعد أن تكون واجده لبعض ملاك الواقع، ويتساهل معه بالنسبه إلى البعض الآخر بقاعده التسهيل، كما ذكرنا ذلك في الاصول وفي بعض المباحث الفقيهيه كأحكام الخلل.

والحاصل: إن الأحكام الظاهرية هي أحكام حقيقيه للجاهل منبعثه من الملاك بنحو الترتب.

والنقطه الثالثه: إنه وإن حاولنا توجيه كلام شيخنا الاستاذ، ولكن الإنصاف أنه لا يمكن المساعده معه، وذلك: لأن اختلاف المتعاقدين إن كان من جهه أن أحدهما يرى آيه الوفاء ظاهره في العموم وآيه الحل ظاهره في

ص: ١٤٧

الإطلاق، والآخر لا يرى ذلك، فالمعامله باطله، لعدم الدليل على الصحه، وإن كان من جهه أن أحدهما يعتقد الأمازيه فى مورد أو الكاشفيه للإجماع مثلاً، والآخر لا- يعتقد بذلك، ففي هذه الصوره أيضاً تبطل المعامله، إذن، لا مجال فى موارد اختلاف المتعاقدين للبحث عن السبب والموضوعيه وأن الأحكام الظاهريه حقيقته أو عذريه، لأن منشأ الاختلاف أحد الأمرين المذكورين على ما ذكرنا.

فنتيجه البحث:

إن كان أحدهما يعتقد لغويّه إنشاء الآخر، فلا- موضوع لإنشائه، وإن كان لا- يعتقد اللغويّه، فأنشأ القبول مثلاً، جاز للموجب التصرف دون القابل.

قال الشيخ:

هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالصيراحه والعربيه والماضويه والترتيب. وأما الموالاه والتنجز وبقاء المتعاقدين على صفات صحه الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع... .

والحاصل: إن الشرائط منها ما يتعلّق بكل من المتعاقدين، ومنها ما يتعلّق بكليهما، والتفصيل المذكور يرتبط بالقسم الأول، أما إذا كان اختلافهما فى شىء من القسم الثانى فالعقد فاسد، فلو قال الموجب بصحّه الإيجاب التعليقى والمشتري ببطلانه، لم يكن القبول منه متمشياً، ولو أن الموجب يرى اعتبار الموالاه والقابل لا يراه، ولذا أخر القبول مدّه، لم يجز للموجب ترتيب الأثر على مثل هذا القبول ويتصرف فى الثمن، لكون الإيجاب منه باطلاً فى نظره على أثر الفصل الحاصل بينه وبين القبول.

ص: ١٦٨

أقول:

لكنّ تخصيص البطلان بالقسم الثاني بلا وجهٍ، فإنه بناءً على الموضوعيّة والسببيّة، لو كان الموجب يرى صحّة الإيجاب بالكنايه فأنشأ والقابل لا يرى صحته، فإنه لا يتمشى منه القبول، والعقد باطل، وكذا لو كان القابل يرى صحّة القبول المقدم فأنشأ قبوله، فلو كان البائع لا يرى ذلك لا يتمشى منه الإيجاب، فما ذكره في القسم الثاني جارٍ في الأول كذلك (١).

ص: ١٦٩

قال الشيخ:

مسأله: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه وكان مضموناً عليه.

أما عدم الملك، فلأنه مقتضى فرض الفساد.

وأما الضمان... فهو المعروف.

أقول:

لو أقدم على معامله وأجرى العقد، ثم تبين فساده وقد حصل القبض، فللمقبوض أحكام:

الحكم الأول: عدم المملوكية.

فالمقبوض غير مملوكٍ للقباض، إجماعاً منقولاً ومحضاً كما في الجواهر (1)، لأنه مقتضى فرض الفساد.

ص: ١٧٣

الحكم الثاني: عدم جواز التصرف فيه.

أما عدم جواز التصرف فيه، فهو المشهور، لأنه ليس بالتصرف المأذون فيه من المالك، لأن البائع إنما سلّمه المتاع من باب أن من باع شيئاً فقد خرج عن ملكه ووجب عليه تسليمه للمشتري، وكان تسلّمه له بعنوان أنه مال نفسه، فلا مورد هنا لقوله عليه السلام: لا يحلّ لامرئ أن يتصرّف في مال غيره إلّا بإذنه» (١) حتى يقال بجواز تصرفات المشتري.

ولكن قد ذكرنا في أواخر المعاطاه قاعدةً يمكن القول على أساسها بجواز تصرفاته فيما أخذه بالعقد الفاسد. فراجع.

الحكم الثالث كونه مضموناً.

قالوا: ويكون مضموناً عليه، سواء أتلّفه أو تلف بتلف سماوى، فهو نظير الغصب، كما صرّح به بعض الأكابر (٢).

ص: ١٧٤

(١-١) وسيأتي نصّه

(٢-٢) السرائر ٢ / ٢٨٥ و ٣٢٦

أدله ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد

إشاره

وقد استدلل للضمان بوجوه:

الدليل الأول: الحديث النبوي المشهور

إشاره

: إنه قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَوْدِيَ» (١).

ولابد من البحث عنه سنداً ودلالةً.

الكلام في سند: على اليد ما أخذت.

أما سنداً، فلا يوجد هذا الحديث في كتبنا الحديثية، بل هو في كتب العامة، وهو عن سمره بن جندب، وهو ملعون، فإنه ممن حرّص الناس على الخروج لقتل الحسين عليه السلام (٢)، وهو صاحب النخلة في بيت الأنصاري وقضيّته معروفه (٣).
فالحديث ساقط سنداً بتمام المعنى.

إلا أنه مذكور في كتبنا الفقهيّة منذ القديم، وقال الشيخ: دلّته ظاهره

ص: ١٧٥

١-١) عوالي اللآلي ١ / ٢٢٤، ٣٨٩

٢-٢) هذا - على ما ذكره بعض المؤرّخين كابن أبي الحديد - أعظم مساوئه، أمّا مساؤه الأخرى: كروايته - في مقابل المائه ألف درهم من معاويه أن قوله تعالى: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ...» نزل في علي، وقوله «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ...» نزل في ابن ملجم، وكذا جناياته في البصره وبيعه الخمر... وغير ذلك، فمذكوره بتراجمه في الكتب

٣-٣) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٢٨، باب عدم جواز الإضرار بالمسلم، الرّقم: ٣

وسنده منجبر، بل فى عبارة الوحىء البهبهانى (١): عمل كل الفقهاء بمضمونها، بل أرسل فى بعض الكتب إرسال المسلم، وهو عجب.

والذى قرّناه فى الاصول: لو أنّ حديثاً اشتهر بين الأصحاب، وعلما باستناد المشهور إليه، وأنهم استكشفوا صدوره من المعصوم عليه السلام، فإنّ ذلك يكون منشأً لعلنا بصدوره ويكون حجّةً، أمّا لو احتملنا أنهم عملوا به لمطابقتها للقواعد، فليس بحجّه.

وعلى هذا، فلا دليل على حجّيه هذا الحديث، فلا نأخذ به إلّا بقدر ما توافق عليه مع نصوصنا فى مختلف الموارد، كما سيأتى.

قال الشيخ:

والخدشه فى دلالة: بأن كلمه «على» ظاهره فى الحكم التكليفى، فلا يدلّ على الضمان، ضعيفه جدّاً، فإنّ هذا الظهور إنما هو إذا اسند الظرف إلى فعلٍ من أفعال المكلفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: عليه دين، فإن لفظه «على» حينئذٍ لمجرّد الاستقرار فى العهد، عيناً كان أو ديناً.

الكلام فى دلاله على اليد...

أقول:

أمّا دلالة، فإن «على اليد» ظرف مستقر، وهو مع متعلّقه خبر مقدّم ل«ما» الموصول، فما أخذته اليد ثابت على الذمّه، وليس المراد منها الجارحه، بل المراد هو الاستيلاء.

ف قيل: إن المعنى هو: أن على المستولى حفظ ما استولى عليه حتى

ص: ١٧٦

يؤدّيه إلى صاحبه، فيجب على ذى اليد حفظ ما أخذ حتى يؤدّيه إلى صاحبه، فمدلول الحديث هو الحكم التكليفي ولا ربط له بالضمان أصلاً، بل جعلوا كلمة «تؤدى» قرينهً على أن ذلك هو المراد، لأنه ظاهر في وجود الشيء المأخوذ، أمّا «الضمان» أى دفع المثل أو القيمة فإنما يكون على تقدير التلف.

وأجاب الشيخ: بأنّ كلمة «على» إن دخلت على الفعل أفادت الوجوب مثل: عليه الصلاة، عليه الحج وهكذا، وإن دخلت على موضوع خارجي، فالمراد هو العهده مثل: عليه دين. والمراد من ما الموصوله فى الحديث هو المال الخارجى، فالمال الخارجى الذى هو ملك الغير إذا استولى عليه الشخص، فهو على عهده حتى يؤدّيه إن كان موجوداً بعينه، وإن تلف فالمثل أو القيمة.

إن المراد من «على اليد» أى: على المستولى، فأما أن يكون المعنى: على المستولى أداء ما أخذ حتى يؤدى، فهذا غلط، وكذلك جعل المعنى: أن على المستولى ضمان ما أخذ، أو حفظ ما أخذ، أمّا الثانى، فيحتاج إلى التقدير، والأصل عدمه، وأمّا الأول، فلأن الضمان غرامه الشيء ببدله، فهو أمر تقديرى، وظاهر الحديث هو الفعلية، فعلى اليد ما أخذت، أى بالفعل، فيتعيّن أن يكون المعنى: أن ما أخذته اليد ثابت ومستقرّ عليها، أى هو على عهده ذى اليد المستولى، ولازم ذلك أن يرده ويؤدّيه مادام موجوداً، ولو تلف فالبديل مثلاً أو قيمه، فعلى اليد عهده ما أخذت، ولازم ذلك إرجاع العين أو بدلها، لكن الصّيله دائماً محدّده ومبيّنه للموصول(١).

وكلمه «الأخذ» قد تستعمل في الكتاب والسنة في الاستيلاء على الشيء بالقهر والغلبه، كآليه المباركه: «لا تأخذُه سنه ولا نوم» و «أخذَ عزيزٍ مُقتدرٍ» ولو أخذنا بكلام الراغب إذ قال: «الأخذ حوز الشيء وتحصيله، وذلك تارة بالتناول نحو «معاذ الله أن تأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده» وتارة بالقهر نحول قوله «لا تأخذُه سنه ولا نوم» (١)

ص: ١٧٨

١-١) المفردات في غريب القرآن: ١٢

كان الحديث مجملاً، والقدر المتيقن هو صورته القهر والغلبه، فيكون الحديث ظاهراً في الغضب وأجنيباً عن البحث.

وأما قول الشيخ:

ومن هنا كان المتجه صحه الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون، إذا لم تكن يدهما ضعيفه لعدم التمييز والشعور.

فغريباً، لأنّ العهد أمر وضعي، وهو يقول بأنّ الأحكام الوضعيه غير مجعوله وإنما هي منتزعه من الأحكام التكليفيه، فما قاله هنا ينافي ما قرره في الاصول. هذا أولاً.

وثانياً: إنه لا تكليف هنا حتى ينتزع منه العهد على المبني، أما أولاً:

فلأنه نفى دلالة الحديث على التكليف. وأما ثانياً: فلأنّ الصغير والمجنون غير مكلفين، إلّا أن يقال: بانتزاعه من التكليف المتوجه إليهما إذا بلغ الصغير أو عقل المجنون، وهذا أيضاً باطل، لأن الأمر الانتزاعي موجود بوجود منشأ انتزاعه، فكيف يكون المنتزع فعلياً ومنشؤه يوجد فيما بعد؟ هذا مستحيل.

فما ذكره غير متجه على مبناه.

نعم، بناءً على القول بأنّ الامور الاعتباريه جعليه، أمكن القول بأنّ للشارع أن يجعل العهد للصغير والمجنون كما يجعلها للمكلف على حدّ سواء.

هذا تمام الكلام في الاستدلال على الضمان بقاعده اليد.

ص: ١٧٩

الدليل الثاني: الأخبار الواردة في الأمه المسروقه.

قال الشيخ:

ويدلُّ على الحكم المذكور أيضاً قوله عليه السَّلام - في الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه بعد أن أولدها المشتري - يأخذ الجاربه صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمه.

أقول:

فاستدلَّ بما ورد في أنه لو اشترى جارياً، ثم علم بعد أن أولدها بكونها مسروقه، فإنها ترجع إلى مالكها ويأخذ الرجل ولده لكن يعطى قيمته لمالك الأمه، وفي بعض الروايات يدفع إليه مالاً عوضاً عن انتفاعاته بها واستخدامه لها. وهذا هو النص:

عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها ثم يجئ مستحق الجاربه. فيه: قال يأخذ الجاربه المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمه الولد ويرجع على من باعه بثمن الجاربه وقيمه الولد التي أخذت منه» (١).

وعن زراره: «قلت لأبي عبدالله عليه السَّلام رجل اشترى جاربه من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له وأقام على ذلك البيئه. قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجاربه ويعوضه في قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها» (٢).

ص: ١٨٠

١-١) وسائل الشيعه ٢١ / ٢٠٥، باب حكم ما لو بيعت الأمه بغير إذن سيدها...، الرقم: ٥

٢-٢) نفس المصدر، الرقم: ٤

دلّت هذه النصوص على وجوب تسليم الجارية إلى صاحبها واسترداد الثمن من السارق، ودفع قيمة الولد وأجره خدمه الجارية إلى مالِكها. وقد ذكر الشيخ وجه الاستدلال بقوله:

فإنّ ضمان الولد بالقيمه - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بطريقٍ أولى.

أقول:

وأما الاستدلال بالأخبار الواردة في الأمه المسروقه، من جهة أن ضمان الولد بالقيمه هو من باب التلف، وضمّانه مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأم بطريقٍ أولى، ففيه:

إن الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد من أيّ جهة كان، فهي مسأله كليّه، وقيام الدليل على الضمان من جهة الغصبيه لا يكون دليلاً على ثبوته في مطلق موارد العقد الفاسد، لاحتمال خصوصيته في الغصب، وعليه، فثبوت الضمان في قضيه الجارية المسروقه لا يكون دليلاً لثبوته في المدعى الكلي، فالأولويه ممنوعه.

هذا أولاً.

وثانياً: وجه استظهار التلف هنا دون الإتلاف، هو أنه لم يتلف شيئاً، وإنما واقع الأمه وحملت منه وولدت، بل المورد كالتالف، قال الشيخ:

وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا المتلف فافهم.

أى: إنه لما كانت حرّيه الولد بحكم الشارع يكون كالتالف.

لكنّ الظاهر أنه إتلاف، لأنّ في رحم المرأه - كما يقول أهل

ص: ١٨١

الاختصاص - شيئاً إذا ورد عليه ماء الرجل يحصل اللقاح بينهما وتنعقد النطفه، وعليه، فلما كانت الأمه مملوكه للغير كان ما فى رحمها ملكاً له، فإذا واقع الرجل الحرّ الأمه وأولدها، فقد أتلف ما كان يملكه المالك لها فى رحمها. وأمّا بناءً على أنّ الولد مادام فى رحمها فهو رق ويكون حرّاً إذا ولد، فالأمر أوضح، إذ كان هذا الرجل الحرّ هو السبب فى خروج الولد حرّاً، فيكون متلفاً لمال الغير، فالضمان ضمان الإتلاف، ولا أقل من تردّد الأمر بين التلف والإتلاف.

فلا يتم الاستدلال بهذه النصوص لما نحن فيه.

ثم إنه قد كان فى بعض أخبار مسأله الأمه المسروقه «قيمه ما انتفع»، وقد فسّر زراره ذلك بقيمه الولد، وهذا اللفظ أيضاً يؤيد ما استظهرناه من كون المورد إتلافاً، فإنّ الانتفاع بملك الغير قد يستلزم الإتلاف على المالك(١).

ص: ١٨٢

وتلخص: سقوط الدليلين المذكورين عن الدلالة على الضمان، أمّا الأول فللسند، وأمّا الثاني فللدلالة.

ولكنّ الظاهر كون قاعده اليد من القواعد المسلّمه عند الفقهاء (١)، فهل استكشفتها من السيره العقلائيه أو من بيانات المعصومين عليهم السلام؟

ص: ١٨٣

قال الأردبىلى بشرح قول العلامة: والمأخوذ بالعقد الفاسد مضمون:

المدرک للضمان قاعده الید، وقاعده ما یضمن... ولا دلیل علیهما، والأصل یقتضی العدم، وهو مع الجهل بالفساد قوی (١).

وربما یتخیل هنا - كما قال المیرزا الاستاد فی البحث - أن «لا ضرر ولا ضرار» كما ینفی الحكم الضرری، یشبث تشریع حکم لولا تشریعه ینزّم الضرر.

ص: ١٨٤

١-١) مجمع الفائده والبرهان ٨ / ١٩٢

يقال: إن قاعده على اليد لولم تشرع يلزم الضرر.

وفيه:

أولاً: إن مفاد لا ضرر هو النفي، إمّا للحكم الضرري أو للحكم الذي يكون امتثاله ضررياً، وإما نفي للحكم بلسان نفي الموضوع كما عليه الآخوند، وليس بمثبت.

وثانياً: لو كان مثبتاً لحكم لولا تشريعه يلزم الضرر، فهو في موارد ضمان الإلتلاف لا التلف.

هذا، وقد يتوهم دلالة عموم التعليل الوارد في أنّ شهاده أهل مله غير نافذه لأهل مله اخرى، إلّا أن لا يوجد شاهد من نفس المله. «لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (١) على أنه لولا الضمان لذهب حق المسلم.

وفيه: إنه لو كان كذلك لثبت الضمان على كل أحد من الناس وإن لم يكن هو المتلف، حتى لا يذهب حق أحد، على أنّ هذه الأخبار واردة في مورد خاص ولا علاقته لها بما نحن فيه.

وكذا ما ورد في أن حرمة المال المسلم كحرمة دمه (٢).

لأنه إنما يفيد في ضمان الإلتلاف لا التلف.

فالإنصاف: أن لا دليل على الضمان فيما نحن فيه.

إلّا أن يقال باستكشاف رأى المعصوم في المسأله من الإجماع المدعى فيها (٣)، فصاحب الحدائق - وإن كان يبطل كبرى الإجماع - يقول في بعض

ص: ١٨٥

١-١) وسيأتى نصّ الخبر

٢-٢) وسيأتى نصّ الخبر

٣-٣) المبسوط ٢ / ١٥٠، ٢٠٤ وغيره

الموارد بأن قول الفقهاء قد يكشف عن رأى المعصوم، من باب أن رأى الرئيس يستكشف من آراء أتباعه.

وتلخص: أن لا وجه للقول بالضمان إلهذا الذى ذكرناه أخيراً، والإنصاف أنه لا بأس به.

ص: ١٨٦

الدليل الثالث من أدلّة الضمان:

قاعده

اشاره

ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

ص: ١٨٧

قال الشيخ:

ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعده المعروفه: كلّ عقدٍ يضمن بصحيحه يضمن بفساده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده...، فإنه عللّ الضمان في غير واحدٍ من العقود الفاسده بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه... .

أقول:

وهذه القاعده غير وارده في روايه، بل لم توجد بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامه، قال: فإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمان، لأنه قبضه بحكم أنه رهن، وكلّ عقد كان صحيحه غير مضمون ففساده كذلك... فلأن من أثبت اليد عليه... (١).

وفي المبسوط التعليل: بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه...

وجب عوض المثل لما تلف في يده... (٢).

يعنى: أنه لما اشترى الشيء، اشتراه بنحو الضمان ببطل المسمى، فالإنسان لما يقدم على المعامله فهو ملتزم بالضمان، فإذا ظهر فساد العقد

ص: ١٨٩

١- (١) تذكره الفقهاء ٢ / ٣٢ الطبعه القديمه

٢- (٢) المبسوط ٢ / ١٤٩

انتفى المسمّى، ولكن أصل الضمان باق، وكذا البائع.

فلا بدّ من التحقيق في هذه القاعده، وقد استدللّ بها الشيخ رحمه الله تعالى في المقام. لكون المقبوض بالعقد الفاسد من صغرياتهما، فهو يريد أنّ الضمان الثابت بقاعده اليد ضمان بالاقتضاء لا بالعلية، لعدم وجود الضمان في بعض الموارد مع وجود اليد.

المراد بالعقد في هذه القاعده

قال الشيخ:

إن المراد بالعقد أعّم من الجائز واللّازم بل ممّا كانت فيه شائبه الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة والخلع....

أقول:

إنما احتاج إلى هذا البيان، لأنه عبّر ب«كلّ عقد يضمن...»، ولو عبّر ب«كلّ ما يضمن...» كما في كلام بعض الفقهاء لما احتاج إليه، كما لا يخفى، وعلى كلّ حال، فالقاعده تشمل كلّ العقود، سواء الجائز منها واللّازم، بل تشمل ما فيه شائبه الإيقاع كالجعالة، فلو قال: من ردّ علىّ ضالّتي فله هذا، ثم تبين أن هذا ملك للغير، فسدت الجعالة وكان ضامنًا، لأن الجعالة الصحيحه فيها الضمان، وعليه دفع البدل. أو كان أقرب إلى الإيقاع كالطلاق الخلعى، فلو تبين فساده كانت المرأه ضامنّه، لثبوت الضمان في الخلع الصحيح.

فحاصل كلام الشيخ: إن قاعده اليد اقتضائه ويتوقف تأثيرها على عدم المانع، ففي كلّ مورد لا يضمن بصحيحه لا يثبت الضمان باليد.

ص: ١٩٠

قال الشيخ:

والمراد بالضمان في الجملتين هو درك المضمون عليه، بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه.

أقول:

إن كان المراد من هذه الكليته العموم الأفرادي، أي كل فرد من أفراد العقود، يرد عليه الإشكال بأن الفرد المتحقق خارجاً من البيع لا ينقسم إلى القسمين، إلا أن يكون بنحو القضيّة الشرطية، بأن يقال عن العقد الواقع فاسداً: إنه لو كان صحيحاً لأوجب الضمان، فهذا يوجب الضمان.

فالمراد هو العموم النوعي، أو الصنفي.

والمراد من الضمان هو ما ذكره الشيخ مع تعديل للعبارة، فهو درك المضمون عليه بحيث يكون خسارته ودركه في ماله الأصلي، إذ ليس معنى الضمان كون خسارته... لأنه:

أولاً: المقصود من القاعده: كل ما يضمن بالفعل... فلو كان معنى الضمان هو الخساره، كان على تقدير التلف.

وثانياً: إن ما ذه «ضمن» لغه بمعنى تكفل وتعهد (١).

وفي الخبر: «ضمنت لمن اقتصد أن لا يفتقر» (٢).

ص: ١٩١

١-١) الصحاح ٦ / ٢١٥٥، لسان العرب ١٣ / ٢٥٧

٢-٢) وسائل الشيعه ١٧ / ٦٤، باب استحباب الاقتصاد وتقدير المعيشه، الرقم: ٢

وفى آخر: «الإمام ضامن للقراءة المأموم» (١).

فالمعنى هو الكفاله والتعهد، وليس الخساره كما هو ظاهر كلام الشيخ.

فيكون المال التالف ثابتاً اعتباراً في ذمه الضامن.

وعلى هذا، فإن كانت المعامله صحيحه، فالطرف متعهد وملتزم بدفع الثمن والشارع قد أمضى العوض المسمى، أما لو كانت فاسده بمعنى أن الشارع لم يمض بدليه المسمى عوضاً عن مائيه الشىء المبيع، فكان على المشتري دفع البديل مثلاً أو قيمه إن كان المبيع تالفاً، وإن كان باقياً وجب عليه إرجاعه بعينه، وقد يجب عليه دفع أقلّ الأمرين من المسمى والبديل، كما فى الهبه المشروطه بالعوض، فلو تلفت العين الموهوبه المشروطه بالعوض، المقبوضه بالعقد الصحيح، ثبت الضمان، قال فى المسالك (٢): عليه دفع أقلّ الأمرين، واستدلّ لذلك: بأنّ المتّهب كان مخيراً بين تملك العين الموهوبه ودفع العوض، وبين إمساك العوض وإرجاع العين، والآن حيث أن العين تالفه وهو لا يدفع العوض، فالتخير باقٍ فإمّا يدفع العوض وإمّا يدفع بدل العين، فالمتيقن من ضمان المتّهب هو أقلّ الأمرين.

وبعبارة اخرى: إن سلم المتّهب العوض فى الهبه المعوّضه، كانت العين الموهوبه ملكاً له، وإلّا كان للواهب الرجوع فى العين، ولو تلفت بيد المتّهب والهبه صحيحه، فالبديل المسمى أو الواقعى مخيراً، فله دفع أقلّ الأمرين.

وقال جماعه - واختاره صاحب العروه فى فرض المسأله فى الهبه (٣) -

ص: ١٩٢

١-١) وسائل الشيعه ٨ / ٣٥٣، باب وجوب اتيان المأموم بجميع واجبات الصلاه...، الرقم: ١ و ٣

٢-٢) مسالك الأفهام ٦ / ٦٣

٣-٣) العروه الوثقى ٢ / ١٨١

بدفع العوض المسمّى، لأنّه كان مخيراً بين ردّ العين أو إمساكها ودفع العوض، ومقتضى القاعده العامه من أنه إذا تعذّر أحد العدلين تعيّن الآخر، هو وجوب دفع العوض المسمّى إذا تعذّر ردّ العين.

لكن فيه: إنّ القاعده المذكوره إنما تجرى فى التخييرات الشرعيّه، وليس التخيير فى المقام شرعيّاً.

ومقتضى الصّيانه العلميّة ما ذهب إليه العلّامه رحمه الله (١) من أنه ليس على المتّهب دفع شيء، لأنّه لم يكن ملزماً بدفع العوض، فإذا لم يدفعه كان للواهب الرجوع فى هبته، فلو تلفت العين تلفاً قهريّاً انتفى موضوع الرجوع ولا شيء على المتّهب.

لكنّ الظاهر - بناءً على تماميه قاعده اليد - ثبوت أقلّ الأمرين من البدل الواقعي وقيمه المسمّى لا نفسه، لأنّ الضمان بالمسمّى حكم العقد الصحيح، أمّا أن الواجب أقلّ الأمرين، فلأنّ الواهب قد أسقط بهبته الزائد عن البدل الواقعي، فإنّ كان البدل الواقعي أقلّ من المسمّى فهو، وإنّ كان المسمّى هو الأقلّ، فالمفروض إسقاط الواهب الزائد.

وعلى الجملة، فالضمان عند الشيخ هو الخساره، قال:

ثم تداركه من ماله تارة: يكون بأداء عوضه الجعلى... وأخرى: بأداء عوضه الواقعي... وثالثه: بأداء أقلّ الأمرين... فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي.

أى: إنّ الاختلاف بين الفقهاء فى الغرامه أنها العوض المسمّى أو

ص: ١٩٣

الواقعي أو أقل الأمرين، لا يضرّ بكون معنى الضمان هو الغرامه والخساره على تقدير التلف.

أمّا عندنا، فالضمان هو التكفّل والتعهد، والاختلاف في الآثار والأحكام لا يوجب الاختلاف في حقيقه معنى الضمان.

قال الشيخ:

وأمّا مجرّد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم، فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال إن الإنسان ضامن لأمواله.

وهذا ردّ على ما قيل من أنّ الضمان في العقد الصحيح هو بالمسمّى، فليكنّ معناه في الفاسد كذلك، حتى يكون في كلتا الجملتين بمعنًى واحد.

وبطلانه على قولنا في معنى الضمان أوضح، فهو بمعنى التكفّل في كليهما، غير أنه في العقد الصحيح بالمسمّى وفي العقد الفاسد بالعوض الواقعي وهو المثل أو قيمه، واختلاف الأثر لا يوجب اختلاف المعنى الحقيقي.

قال الشيخ:

فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم يضمن بفاسده هو وجوب أداء العوض المسمّى، نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيفٌ في الغايه.

لأن ضمانه بالمسمّى يخرجّه عن فرض الفساد... نظير المعاطاه على القول بالإباحه.

بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان... فافهم.

أقول:

قد ذكر لضعف الاحتمال المذكور - وهو أن يكون المراد من «الضمان»

فى العقد الفاسد هو أداء العوض المسّمى - وجهين:

الأول: إن ضمانه بالمسّمى يخرج العقد عن فرض الفساد.

والثانى: إن معنى الضمان هو الخساره والغرامه.

والوجه الثانى هو الصحيح عنده. وأما الأول، فقد أجاب عنه بأنه: «يكفى فى تحقق فرض الفساد...» ثم جعل المقام «نظير المعاطاه على القول بالإباحه».

وهذا الكلام مخدوش جداً.

أما قوله: «لأن ضمانه بالمسّمى يخرج عن فرض الفساد» فهو خلف، لأنّ العوض المسّمى إنما يفرض إذا كان العقد صحيحاً، وتعيّن ماله الشىء فى العوض المسّمى لا يكون إلّا بمضاء الشارع الموقوف على صحّه العقد، فهو ملازم لصحّه العقد، وليس الأمر بيد المتعاملين حتى يتعيّن الآخر للعوضيه.

وأما قوله: «نظير المعاطاه على القول بالإباحه» ففيه: إنا قد ذكرنا فى المعاطاه: أن المتعاطيين يقصدان التمليك لكن إمضاء الشارع مشروط بالتصرّف والتلف، وبدونه فلا ملكيه شرعاً، فتعيّن أحد العوضين بعد التلف هو سبب صحّه المعاطاه شرعاً، لا مع فرض فسادها.

وأما «الضمان» فقد تقدّم أنه لغّه وعرفاً كفاله المال، بأن يتعهّد تسليمه، نظير كفاله النفس إذ يتعهّد إحضار الشخص، فيكون المال فى ضمن عهده الضامن اعتباراً، وله آثار، فإن كان موجوداً بعينه سلّمه، وإن كان تالفاً، وجب عليه دفع البدل المسّمى أو الواقعى أو أقلّ الأمرين على ما تقدّم.

والكلام الآن فى عموم القاعده:

قال الشيخ:

ثم العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع، لتكون أفراده مثل البيع والصلح والإجاره ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، وإنما المقتضى له بعض أصنافه... .

فهل المراد من هذا العموم الأنواع، من البيع والصلح والإجاره ونحوها، فكل ما يضمن بصحيحه منها يضمن بفاسده، أو الأصناف، فكل صنف يضمن بصحيحه... أو الأشخاص والأفراد؟

قد قررنا فى الاصول أن أداه العموم موضوعه لاستيعاب ما هو المكثّر لوجود المدخول وهو الفرد، فمدخول «كل» هو العموم الأفرادى، وذلك، لأنّ الطبيعه أمرٌ واحد، وإنما تتكثّر بخصوصياتها الوجوديه، فمقتضى القاعده أن تستوعب الأداه جميع الخصوصيات الموجوده خارجاً، ولذا يكون الاستغراق أفرادياً دائماً.

لكنّ الشيخ ضعّف القول بالعموم الأفرادى فى القاعده قائلاً:

وربما يحتمل فى العبارة أن يكون معناه: أنّ كل شخص من العقود...

ويضعّف... .

توضيحه: إنّ ظاهر العبارة هو لإنقسام العقد إلى الصحيح والفساد بالفعل لا أنه منقسم إلى القسمين بالفرض والتقدير.

فالشيخ لا- يوافق على العموم الأفرادى، كما لم يوافق على العموم الأنواعى، لأنّ بعض الأنواع بخصوصيته النوعيه غير مقتضى للضمان، وإنما

المقتضى له بعض أصناف النوع، فالصّحح - مثلاً - لا يوجب الضمان بنفسه، بل الموجب له منه هو المشتمل على المعاوضه.

فالمختار عنده هو الأعم من النوع والصنف.

أقول:

ليس القضيّه الحقيقيّه - كما يقولون في المنطق - ما يكون الموضوع فيها شاملاً للأفراد المقدّره الوجود، بل هي لحاظ الكلي الطبيعي بنحو صرف الوجود، فيعم الأفراد الفعلية والأفراد المقدّره الوجود.

ولقد أجاد الميرزا الاستاذ قدّس سرّه إذ قال:

إن الأحكام الشرعيه كلّها بنحو القضايا الحقيقيّه، فكلّ عقد يضمن بصحيحه يعنى: كلّ عقد وجد في الخارج وكان صحيحاً فهو لو وجد في الخارج وكان فاسداً يضمن كما يضمن إذا كان صحيحاً.

وبعبارة اخرى: كلّ عقد لو وجد صحيحاً وكان موجباً للضمان، فهو لو وجد فاسداً كان موجباً له أيضاً.

فالمناط هو القضيّه الحقيقيّه، ولا بحث حينئذٍ عن كون العموم أفرادياً أو صنفياً أو نوعياً.

ولذا أشرنا سابقاً إلى أن الأولى - كما في كلمات كثير من الأعيان - التعبير ب«كلّ ما كان...» بدلاً عن «كلّ عقد...»، لكن الشيخ لمّا عبّر بالثاني، احتاج إلى البحث المزبور.

قال الشيخ:

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقّق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط

ص: ١٩٧

فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال... .

أقول:

لو باع بلا ثمنٍ أو أجر بلا أجره، فهل يكون ضامناً أو لا؟

قيل: إنَّ عموم القاعدة يشملها، فهكذا بيع أو إجازة لو فرض صحيحاً لم يوجب الضمان لكونه بلا عوض، فهو الآن حيث أنه فاسد لا يوجهه.

واختار الشيخ ثبوت الضمان بناءً على ما ذهب إليه من أن الموضوع في القاعدة هو صنف العقد الذي وجد له بالفعل صحيح وفساد، والبيع من هذا القبيل.

ولكنَّ هذا بعيد جداً، لأنه لا يعقل قصد حقيقته البيع في البيع بلا ثمن، لأن الثمن ركن فيه حقيقةً، فقصد البيع مع كونه بلا ثمن تناقض لا يصدر من العاقل. وكذا الأجره في الإجاره، فيكون مراده من بعثك بلا- ثمن بقرينه «بلا- ثمن» هو الهبه، ولو قال: آجرتك بلا أجره، فمراده بقرينه «بلا أجره» هو العاريه، ولا ضمان في العاريه كما لا ضمان في الهبه.

فسواء قلنا بأنَّ المراد من عموم العقد هو الأفرادى أو الأصنافى، لا وجه للقول بثبوت الضمان في المثالين.

ولو أنَّ العقد لم يكن معاوضياً ولكنه تضمن شرطاً يقتضى المعاوضه، فهل تجرى فيه القاعدة؟

قال السيّد معترضاً على الشيخ:

بل لا إشكال في أنَّ المراد أعم من أن يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمه الشرط، فإنَّ العقد مع الشرط ومجرداً عنه صنفان متغايران، وبعد

ص: ١٩٨

إرادته الصنف من مدخول كل لا يبقى الإشكال (١).

وأشكل عليه شيخنا الاستاذ:

«المراد من صنف العقد في قبال نوعه وشخصه حصصه الذاتية - أي حصص العقد بما هو عقد - فلا بد أن يكون القيد بحيث لا يأبى المجموع عن صدق العقد عليه، ومن الواضح أن العقد المشترط فيه الضمان عقد وشرط، لا أن المجموع عقد، فالقيود الخارجة عن العقد وإن كانت محصّصه له إلا أنها تحصّصه، بحصص مؤتلفه من عقد وغير عقد، والمفروض إسناد الضمان إلى العقد بمجرّده» (٢).

والتحقيق أن يقال:

إن المناط في القاعده: إن كلّ يد أوجبت الضمان في العقد الصحيح فهي موجهة له في العقد الفاسد، فالموضوع هو «اليد» لا «العقد»، وعليه، فإن كان الشرط يتعلّق باليد، كما لو شرط الضمان في الإجاره بالتلف السّـماوى - بناءً على صحه هذا الشرط - فإنّ العين في يد الآخذ وملاك الضمان متحقّق، وكذا في العاريه المضمونه، وإن كان الشرط غير مربوط باليد، فهو خارج عن محلّ الكلام.

فلا يمكن المساعده على كلام السيّد، ولا يرد كلام شيخنا على كليته عليه، بل يدور الأمر مدار الملاك وهو «اليد».

انتهى البحث في ألفاظ القاعده عن «كلّ» و«عقد» و«ضمن»، والكلام الآن في معنى «الباء».

ص: ١٩٩

١-١) حاشيه المكاسب ١ / ٤٥٦

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣٠٨

قال الشيخ:

«ثم إن لفظه «الباء» في «بصحيحه» و«بفاسده» إما بمعنى «في»... وإمّا لمطلق السببیه الشامل للناقصه لا العله التامه، فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض... وأمّا العقد الفاسد، فلا يكون عله تامه أبداً...».

أقول:

تستعمل «الباء» للظرفيه بمعنى «في» فيقال: أقمت بالمكان، وعلى هذا المعنى، فلا يرد على القاعده أى إشكال، إذ تكون العبارة بناءً عليه: كل عقد يضمن فى صحيحه بأى سبب، يضمن فى فاسده بأى سبب كان.

إنما الإشكال بناءً على كونها سببیه، لأن الفاسد لا يكون سبباً للضمان أبداً، لأن السبب لملكيه العوض المسمى هو العقد، فلو كان فاسداً لا يكون سبباً بوجه من الوجوه، ولو حصل القبض مع ذلك، كان السبب للضمان هو اليد.

ويندفع: بأنه لا ملزم لأخذ السببیه بمعنى العله التامه، بل هى أعمّ منها ومن الناقصه، لأن من العقود ما لا أثر له فى الضمان إلّا بعد القبض، كما فى السلم والصدّرف، ففى هذه الموارد لا يكون البيع سبباً، أى ليس عله تامه بل هو جزء للسبب، فالعقد والضمان يؤثران معاً فى الملكيه.

وأضاف الشيخ: «بل مطلق البيع... وكذا الإجاره والنكاح والخلع...».

فلو باع طعاماً لم يكن المشتري ضامناً للثمن - بالمعنى الذى ذكره - إلّا بعد القبض، لأن الطعام قبل القبض فى ضمان البائع، فلو تلف كان من ماله،

لقاعده: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وينفسخ البيع.

وهكذا سائر العقود المعاوضيه الصحيحه، وعلى هذا، فالعقد جزء للسبب.

وأما العقد الفاسد، فقد ذكر لإسناد الضمان إليه وجهين، قال:

«إما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان».

فالعقد الفاسد سبب عادى للقبض، وهو سبب للضمان، وسبب السبب سبب، فالعقد عله تامه للضمان، هذا هو الوجه الأول للإسناد.

لكنه يتنى على أن يكون الدليل لقاعده ما يضمن... هو قاعده اليد، لكون القبض تمام العله.

«وإما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونه عليه...».

وهذا هو الوجه الثانى.

وهذا يتنى على أن يكون المدرك للقاعده: قاعده الإقدام على الضمان.

فإن كان المدرك لقاعده ما يضمن بصحيحه... الإقدام على الضمان، وهو إنما يكون بإنشاء العقد المعاوضى، صحيحاً أو فاسداً، فالسبب حقيقه تسند إلى العقد، ولا إشكال فيه. وإن كان المدرك قاعده اليد، كان إسناد السبب إلى العقد مجازاً، لأنه من إسناد الشىء إلى ما ليس سبباً له.

فإذا كان المدرك قاعده الإقدام، كان أخذ «الباء» بمعنى السبب وجيهاً جداً، بخلاف ما إذا كان مدركها قاعده اليد، وهذا ما أفاده المحقق

الخراساني رحمه الله (١).

لكنّ الانصاف عدم تماميه ما ذكر، إذ ليس لليد بما هي سببته للضمان، بل هي فيما إذا لم يكن القبض والإقباض مجّاناً، وعليه، فالعقد المعاوضي - ولو كان فاسداً - يخرج المعامله عن المجانيه، وعدم المانع جزء من أجزاء السبب، فيصحُّ بهذا اللّحاظ إسناد السببته إلى العقد الفاسد.

ولكنّ هذا كلّه مبنئٌ على ما ذهب إليه الشيخ في معنى «الضمان» من أنّه «الخساره» و«الغرامه». وأمّا على ما قلناه من أنه بمعنى «الكفاله» و«العهد»، فبمجرّد وقوع العقد يكون الثمن في عهده المشتري، وضمّانه ثابت حتّى قبل القبض، فلو تلف المبيع قبله انتفى موضوع العهده وانفسخ العقد، لا أنّ الضمان متوقّف على القبض، وعليه، فالسببته للعقد في مطلق البيع تامّه لا ناقصه.

الكلام في مدرک القاعده

اشاره

قال الشيخ:

ثم إن المدرک لهذه الكليه على ما ذكره في المسالك... هو إقدام الآخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وآله: على اليد ما أخذت حتى تؤدى...».

أقول:

هذه القاعده لم يرد بها نصٌّ، وقد اختلفت أنظار الفقهاء في بيان مدرکها.

ص: ٢٠٢

أما الإجماع - كما في مفتاح الكرامه - فلا يعتمد عليه، لعدم كونه كاشفاً عن رأى المعصوم حتى لو كان محصياً، فكيف وهو منقول.

٢ - قاعده الإقدام

وأما قاعده الإقدام على الضمان، كما استدلل الشيخ فى المبسوط وتبعه بعض الفقهاء، فإن اريد أن الإقدام بما هو هو سبب للضمان كما هو ظاهر عباراتهم، فهو ساقط جداً، وإن اريد أن الإقدام على الضمان يرفع مجانيه اليد، فهو لا يكون سبباً للضمان إلا بمعنى رافعيته لجهه المجانيه فتؤثر اليد أثرها، وهذا هو مرادهم يقيناً، فاليد مقتضيه للضمان، ويمنع عنه المجانيه، وحيث أن العقد الذى أقدم عليه معاوضى، فالتسليط ليس مجانياً، وحينئذ يثبت الضمان بقاعده اليد.

قال الشيخ:

وهذا الوجه لا يخلو عن تأمل... .

أقول:

أشكل الشيخ على الاستدلال بقاعده الإقدام بأنه:

أولاً: إنه لا دليل شرعى على الضمان لأنهما أقدم... على ضمان خاص...

والمفروض عدم إمضاء الشارع... .

وثانياً: إن دليل الإقدام منقوض طرداً وعكساً، لأن معنى قاعده الإقدام

هو: أنه كلما كان هناك إقدام على الضمان فالضمان ثابت، وكلما لم يقدم فيه على الضمان فلا- ضمان، وكلتا الكليتين منتقضان، لأن النسبه أعم من وجه، إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما إذا تلف المبيع قبل القبض في البيع الفاسد، إذ لم يقل أحد بضمان المشتري، لا بالعوض المسمى ولا بالعوض الواقعي، وإن كان مقدماً عليه.

وفيه:(١)

ص:٢٠٤

إنَّ مراد الشهيد الثاني (١) تبعاً للشيخ أنَّ الإقدام جزءٌ للعلَّة لا تمامها، والجزء الآخر هو الأخذ والقبض، ولذا صرَّح بالأخذ وقال: «هو إقدام الآخذ»، وحيث أنَّ المفروض عدم حصوله، فالنقص غير وارد، لعدم ثبوت الضمان بالإقدام وحده.

بل إنَّ كون مرادهم ما ذكرناه هو صريح كلام الشيخ نفسه حيث قال قبل ذلك: «وإمَّا لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علَّل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونَةً عليه، ولا ريب أنَّ دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه...».

هذا في النقض الأوَّل.

ونقض ثانياً فقال:

وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: بعتك بلا ثمن أو آجرتك بلا اجره. نعم، قويُّ الشهيدان في الأخير عدم الضمان، واستشكل

ص: ٢٠٥

أقول:

ذكر موردين: أحدهما: أن يشترط المشتري - في البيع الفاسد - على البائع أن يكون ضامناً للمبيع إذا تلف، أى فى يد المشتري.

إلا أن هذا الضمان إنما جاء من ناحيه الشرط، ولا علاقه له بالإقدام وعدمه.

والثانى: البيع بلا ثمن، والإجاره بلا اجره، فإنه فاسدٌ عند الشيخ وموجب للضمان.

إلا أن البيع بلا ثمن يقع على صور:

منها: أن يبيع بشرط سقوط الثمن الثابت به فى ذمه المشتري، فالمراد من «بلا ثمن» أى: بلا أداء الثمن، بأن يسقط بعد ثبوته.

ومنها: أن يبيع بشرط أن لا يكون فى البين ثمنٌ.

ومنها: أن يبيع بلا ثمنٍ، قاصداً الهبه من البيع.

ومنها: أن يقصد البيع مع قصد عدم الثمن.

والأخير باطل، لأن الثمن ركن، والجمع بين البيع وعدم الثمن تناقض.

والذى قبله صحيحٌ، بناءً على صحه العقد باللفظ المجازى، والمفروض أنه قصد من لفظ «البيع» معنى «الهبه» مع إقامه القرينه على

ذلك ولو فرض فساده، إذ لا ضمان فى الهبه.

وأما الثانى، فيرجع إلى أحد الأخيرين.

وأما الأول، فلا إشكال فى صحته.

فالتنقض غير وارد.

قال الشيخ:

وأما خبر اليد، فدلالته وإن كانت ظاهرةً وسنده منجبراً، إلا أن مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونه في الإجاره الفاسده.

أقول:

إنه في البيع الفاسد وعدم حصول الملكيه، تقع اليد على ملك الغير، وأما الإذن الحاصل، فقد كان إذناً معاملتياً والمفروض عدم تأثيره لفساد العقد، ولذا قال بعض الفقهاء: إن المقبوض بالعقد الفاسد بمنزله الغصب، فلو تلف كان ضامناً له، فصاحب اليد ضامن.

وقد تقدم الكلام في خبر قاعده اليد سنداً ودلاله. أما سنداً، فقد قلنا بأنه ليس من أخبارنا، وإنما هو من أخبار العامه، وهو عن سمره بن جندب وهو من الأشقياء الملعونين، ولا ينجر هذا الضعف بالشهره بين الأصحاب، لأن جابريتها منوطه بأن نستكشف من عملهم أنهم قد عثروا على قرائن تفيد الوثوق بصدور الكلام عن المعصوم، الذي هو الملاك لحجته خبر الواحد، لكن هذه الكبرى غير منطبقه هنا قطعاً. وأما دلاله، فقد ذكرنا أنه ظاهر في الأخذ لشيء غير معطى، فهو أجنبي عن بحثنا، حيث التسليم من المالك، ولو سلم ورود «الأخذ» لمطلق التسلم أيضاً، كان الحديث مجملاً ولا يتم الاستدلال به في المقام.

نعم، لو قام الإجماع أو السيره المعبره على أن مجرد كون مال الغير في يد الإنسان - ولو قهراً أو خطأ، أو أن مطلق وضع يده على ملك الغير - موجب

ص: ٢٠٧

للضمان، أمكن الاستدلال بقاعده، بأن تكون مقتضىة للضمان لولا المانع وهو المجاتي، فإذا انتفت المجاتي بالدخول على وجه الضمان بمقتضى قاعده الإقدام، دلت القاعده على الضمان.

والحاصل: أنا قد بينا مرادهم من قاعده الإقدام، كما بينا كيفيه الاستدلال بقاعده اليد على الضمان، وقد نفى الشيخ البعد عن ذلك إذ قال في الآخر:

ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام... فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال....

وبعد، فما هو المدرك لهذه القاعده المتداوله على ألسنه الفقهاء؟

٤ - قاعده السلطنه

الذى يمكن أن يقال هو: إنه لما كان الشرط هو الإلزام والالتزام، أو كما قال الشيخ (١) - فى الكلام على قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» (٢) - إن الشرط لغه: مطلق الالتزام، كانت المعامله مبنيه على الالتزام بالتملك بعوض من الطرفين، وحيث أن هذا البناء موجود كشرط ضمنى فى المعامله الفاسده أيضاً، وإلا لما سلم كل منهما ملكه للآخر، فاشتراط البدل والعوض موجود فى المعامله المعاوضيه على كل حال، وعدم إمضاء الشارع للعقد الفاسد، إنما يمنع من ترتيب الأثر عليه، فلا يتعين البدل المسمى للبدليه، أما الالتزام بأصل البدل فباق على حاله بمقتضى

ص: ٢٠٨

١- (١) المكاسب ٣ / ٥٦

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢١ / ٢٧٦، باب أن من شرط لزوجه أن لا يتزوج عليها...، ذيل الرقم: ٤

الحديث المذكور.

وتلخص: أن المدرك للقاعده - سواء كانت المعامله صحيحه أو فاسده - ليس قاعده الإقدام ولا قاعده اليد، بل هو قوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» وليس غيره.

ثم إنَّ الشيخ قد أشكل في الاستدلال بقاعده اليد بأنها لا تشمل المنافع والأعمال، كمنافع الدار المستأجره بعقدٍ فاسد، أو أعمال الأجير في الإجاره الفاسده.

لوضوح أنها لا تقع في حيز اليد، وظاهر قوله: «على اليد ما أخذت» أن يكون الشيء قابلاً للأخذ باليد، مضافاً إلى اعتبار كون الشيء قابلاً للأداء، كما هو ظاهر «حتى تؤدى»، والمنافع والأعمال لا قابليه لها لذلك، لعدم كونها موجوده في الخارج.

فقال المحقق الخراساني:

«مورده وإن كان مختصاً بالأعيان، إلّا أنّ قضيه كونها مضمونه ضمان منافعها، فضمن المنافع في الإجاره الفاسده إنما يكون بتبع ضمان العين المستأجره، وبالجملة، قضيه ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونه بها فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها...» (١).

وفيه:

إنه لا ضمان بالنسبه إلى العين في الإجاره الفاسده.

ص: ٢٠٩

إن «ما» الموصولة تشمل الأعيان والمنافع والأعمال، و«اليد» عبارته عن الاستيلاء، فعلى المستولى ما أخذ... و«الأخذ» يشمل الكلّ لأنه مطلق التناول (١).

وبالجملة، فإن الإشكال يندفع بأن المراد من «الأخذ» هو «الاستيلاء» وهو فى كلّ شىء بحسبه، ومن «الأداء» هو «الخروج عن العهده»، وبهذا يكون الحديث شاملاً للمنافع والأعمال أيضاً.

إلّا أنّ الشيخ جعل المدرك للقاعده فى المنافع والأعمال أدلّه اخرى غير قاعده اليد، فقال:

اللهم إلّم أنّ يستدلّ على الضمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم وأنه لا يحلّ عن طيب نفسه، وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه، وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، مضافاً إلى أدلّه نفى الضرر... .

أقول:

تقريب الاستدلال ب«لا- يحلّ مال...» هو: أنه قد اسند عدم الحليّه إلى «المال» ولم يقل: لا يحلّ التصرف ونحوه، فالمعنى: إنه ليس مال المسلم طلقاً لغيره، فلا يجوز لأحد التصرف فيه إلّا برضاه، وأنه لولا الرضا فالضمان ثابت.

ص: ٢١٠

وأما قاعده الاحترام، فمستندها الحديث:

عن أبي عبد الله عليه السّلام: «إن رسول الله صلّى الله عليه وآله وقف بمنى حتى قضى مناسكها في حجّه الوداع - إلى أن قال - فقال: أيّ يومٍ أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا اليوم، فقال: فأيّ شهرٍ أعظم حرمة؟ فقالوا: هذا الشهر.

قال: فأيّ بلدٍ أعظم حرمة؟ قالوا: هذا البلد. قال:

فإنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا...» (١).

وعن أبي جعفر الباقر عليه السّلام عن جابر بن عبد الله الأنصاري في حديث: إنّ النبيّ قال: «إنّ دماءكم وأموالكم حرام عليكم...» (٢).

وعن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «إن رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: سباب المؤمن فسوق وقاتله كفر وأكل لحمه معصية لله وحرمة ماله كحرمة دمه» (٣).

وعن أبي ذر عن النبيّ صلّى الله عليه وآله - في حديث - «يا أباذر، سباب المؤمن فسوق وقاتله كفر وأكل لحمه من معاصي الله وحرمة ماله كحرمة دمه» (٤).

ص: ٢١١

١- (١) وسائل الشيعه ٢٩ / ١٠، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس، الرّقم: ٣

٢- (٢) بحار الأنوار ٢١ / ٤٠٥

٣- (٣) وسائل الشيعه ٨ / ٥٩٩، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الرّقم: ١٢

٤- (٤) وسائل الشيعه ٨ / ٥٩٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الرّقم: ٩

ويمكن الاستدلال بها بوجهين:

أحدهما: إنه لو اتلف مال المؤمن ولم يعوّض عنه لزم ضياعه وذهابه هدرًا، وهذا يناهض الاحترام، ولا ريب أنّ «المال» غير مختصّ بالأعيان، فمنفعه الدار والدابّة مثلاً مال، وكذلك العمل، فإنه مال لأنه يبذل بأزائه المال، وتميل إليه النفس، فلا بدّ من دفع البدل عنهما وإلا يلزم هتك حرمتهما، فمقتضى احترام مال المؤمن المستوفى من دون رضاه، دفع البدل والعوض إليه.

والثاني: إنّ مقتضى تشبيه المال بالدم هو الضمان، فكما لا يذهب دم المؤمن هدرًا وتجب اليه، كذلك ماله ويجب دفع العوض، سواء كان عيناً أو منفعة أو عملاً.

وكذلك الحال في السبّ والغيبه، فالحكم الوضعي - بالإضافة إلى الحكم التكليفي - ثابت.

وهذا غاية تقريب الاستدلال بقاعده الاحترام في مسأله المنافع والأعمال، ثم نقول:

تارة: يستأجر الدار بالإجاره الفاسده ويسكن فيها أو الدابّة ويركبها، فلا ريب في الضمان وعليه دفع البدل، كما لو كان العقد صحيحاً، وأخرى:

يستأجر ولم ينتفع، فإن كان العقد صحيحاً، فلا كلام في الضمان بأدله الإحترام، لأنه لا يذهب مال المؤمن هدرًا، وأمّا إن كان فاسداً، والمفروض أنه لم يذهب شيء من المال هدرًا ولم يكن إتلافٌ، فلا موضوع لأدله الاحترام حتى يجب الضمان في دفع البدل.

إذن، في موارد عدم الانتفاع، الإجاره الفاسده ليست كالإجاره الصحيحه، إذ الضمان ثابتٌ في الصحيحه وإن لم ينتفع ولم يستعمل، أمّا في الفاسده إذا لم ينتفع بالشيء ولم يستعمل الأجير فلا ضمان.

وتلخص: أن لا كليّه لدليل الإحترام.

ولزياده التوضيح نقول: إن معنى احترام مال المسلم وعمله هو ثبوت العوض له، وهذا يكون في موردين، أحدهما: أن يأمره بالعمل فيأتي به من غير أن يقصد التبرّع بل بقصد العوض، فالأمر ضامن للبدل بلا إشكال.

والثاني: أن يقع العقد بينهما صحيحاً، ففي هذه الصوره يضمن المستأجر الأجر المسمّى، سواء انتفع أو استخدم الأجير أو لا.

وأما لو وقع العقد فاسداً، فإن حمله على العمل ضمن اجره المثل دون المسمّى، لفساد العقد، وإن عمل الأجير بلا طلب من المستأجر، بل لاعتقاده صحّه العقد وأنّ ذمته مشغوله مثلاً، فلا دلاله لأدله الاحترام على الضمان.

فالقاعده منتقضه، والصحيح هو التفصيل.

٦ - لا يحلّ مال امرئ...

وأما ما دلّ على أنه لا يحلّ مال المسلم إلّا عن طيب نفسه، فالذي في وسائل الشيعه باللفظ التالي في خبر:

«لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبه نفسه منه» (١).

ص: ٢١٣

١- ١) وسائل الشيعه ٥ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّى، الرّقم: ١. وأنظر: الرّقم ٣ من نفس الباب. ونفس المصدر ٩ / ٥٣٩، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الرّقم: ٢، و ٢٤ / ٢٣٤، الباب ٦٩ من أبواب الأطمعه المحرّمه، الرّقم: ٣، وغوالي اللثالي ٣ / ١٨٤ باب الجهاد، الرّقم: ٩. وقد أوردنا النّصوص في الجزء الأوّل: ٢٤٤ - ٢٤٥، وبعض أسانيدھا معتبر بلا كلام

والحليّه تاره: تكليفه فى مقابل الحرمة التكليفية، وهذا يكون فى موارد إسنادها إلى الفعل الاختيارى، كأن يقال: يحلّ ذلك أن تأكل وتشرب...

وهكذا... ولو أسند إلى الأعيان كأن يقال: يحلّ لك الماء، احتاج إلى تقدير الفعل الاختيارى أى: شرب الماء، وكذلك الحرمة كقوله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» (١)

واخرى: وضعيه، وذلك يكون حيث تسند إلى الأعيان، ولا يقدر الفعل ولو بأصالة عدم التقدير.

وفى هذه الرواية، قد اسندت الحليّه إلى «المال»، فلو قدر «التصرّف» كانت تكليفية، لكن الأصل عدم التقدير.

وإن شئت فقل: إن الرواية تدلّ على عدم الحليّه حيث لا طيب نفس، وعدم الحليّه مطلق يشمل الوضعيه والتكليفية معاً.

والحاصل: إن نفس المال له حرمة واحترام.

هذا غاية ما يقال فى تقريب الاستدلال بهذه الرواية على ضمان المنافع والأعمال المستوفاه إذا لم يقصد التبرّع.

والإنصاف: عدم إمكان المساعدة عليه، وذلك:

لأن إسناد الحليّه والحرمة إلى الأعيان قرينه على إرادته الحكم التكليفى المتعلق بها، فلو قيل: يحلّ الماء ويحرم الخمر، أى: شربه، يحلّ الطّعام أو يحرم الطّعام، أى: أكله، وهكذا، فى سائر الموارد، إذ يقدر الفعل المناسب فى

ص: ٢١٤

كُلٌّ منها.

هذا كله بناءً على ظاهر الرواية.

وأما بناءً على اللفظ الموجود في كلمات الفقهاء: «إلّا عن طيب نفسه» فالإشكال أوضح، لأن ظاهر «عن طيب نفسه» صدور الفعل، فهو دالٌّ على الحكم التكليفي من دون تردّد.

٧ - لا يصلح ذهاب حق أحد

وأما الرواية: «لا يصلح ذهاب حق أحد» فهذا نصّها:

عن ضريس قال: سألت أبا جعفر عن شهادة أهل الملل، هل تجوز على رجلٍ مسلم من غير أهل ملّتهم؟

فقال: لا، إلّا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم ولا تبطل وصيته» (١).

وعن الحلبي ومحمّد بن مسلم عن أبي عبد الله قال: «سألته هل تجوز شهادة أهل ملّة من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (٢).

وعن سماعه قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن شهادة أهل الذمّة.

فقال:

لا تجوز إلّا على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على

ص: ٢١٥

١-١) وسائل الشيعة ١٩ / ٣٠٩، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الرّقم: ١

٢-٢) وسائل الشيعة، نفس المصدر، الرّقم: ٣

الوصية، لأنه لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ» (١).

تقريب الاستدلال: إن الدار أو الدابة المستأجره ذات المنفعة، إن ذهبت المنفعة هدرًا - بأن لا يكون في الإجاره الفاسده ضمانً - ضاع حقّ السلم، وهذا ما لا يصلح، بمقتضى النصوص المذكوره، فإنّها وإن كانت واردهً في مورد الوصية إلّا أنّ ذلك لا يخصّصها بل التعليل الموجود فيها معمم كما لا يخفى، أو أنّ الإمام قد طبّق الكبرى الكليّه على مورد الوصية.

وعلى الجملة، فالمنفعة والعمل حقّ، ولا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ، فالضمان ثابت في الإجاره الفاسده كما هو ثابت في الصحيحه.

ولكنّ فيه نظر:

فإنّ الكبرى الكليّه مسلّمه، لكنّ موردها صورته استيفاء المنفعة أو وقوع العمل بأمر من المستأجر، وأمّا لو استأجر الدابة - مثلاً - بعقد فاسدٍ ولم ينتفع بها أصلاً، لم يتحقّق لصاحبها حقّ كي يلزم من عدم دفع اجره المثل ذهاب حقّه.

وبعبارة اخرى: الذهاب فرع الوجود، إنه لم يتحقّق لصاحب الدابة على المستأجر حقّ ليكون ضامناً لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، فلا مصداقيه هنا لقاعده ما لا يضمن... هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ العمل فعل اختياري للإنسان، وهو عرض قائم به، فلا يكون مصداقاً ل«الحق»، كما لا يكون مصداقاً ل«الملك»، ولذا فإن عمل الحرّ لا يكون ملكاً له، فلا يقال لمن يتمكّن من القيام بأعمالٍ كثيره أنّ له ملكاً كثيراً

ص: ٢١٦

كما تقدّم في محلّه.

وعلى الجملة، فإن صدق «الحق» على «العمل» في غايه الإشكال.

٨ - قاعدة لا ضرر

وأما الاستدلال للمقام بأدله نفى الضرر، من جهة أنّ عدم الضمان ضرر، فيثبت الضمان في المنافع والأعمال مع فاسد العقد. فلا ريب في ثبوت قاعده نفى الضرر، وأدلتها متواتره أو مستفيضه (١)، وفي لفظ: أنه صَلَّى الله عليه وآله قال: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (٢).

ولكنّ الاستدلال بها هنا في غير محلّه، وتوضيح ذلك هو:

إن «لا» نافية للجنس، فطبيعي الضرر منفيّ تشريعاً، أمّا على القول بأن المعنى: كلّ موضوع ضررى فلا حكم له في الشريعة، لأنّ نفى الموضوع تشريعاً عبّاره عن عدم حكمه، فهو نفى للحكم بلسان نفى موضوعه، ونظيره في الكتاب والسنة كثير، ومنه قوله تعالى: «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» (٣)، فلا ربط للقاعده بما نحن فيه أصلاً.

وأما على القول بأن المعنى: كلّ حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي في الشرع - كما هو مختار الشيخ - أي: لا حكم ضررى في الإسلام، فليس في محلّ البحث هنا حكم ينشأ منه الضرر حتى يتمسك بالقاعده لنفيه.

ص: ٢١٧

١-١) أنظر ٢٥ / ٤٢٧، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٦ / ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث

٣-٣) سورة البقره: ١٩٧

إلّا أن يقال:

إنّ ما ورد في لسان الشارع من: لا يجب كذا أو لا يحرم كذا أو لا يحلّ كذا، ونحو ذلك، ليس إخباراً عن عدم الحكم، لأنّ الأحكام كلّها عدم في الأزل، بل هو إنشاء لعدم الحكم والتعيّد به، ولذا يجرى استصحاب العدم الأزلي ويتعبّد به، وعلى هذا، فحكم الشارع بعدم الضمان في الأعمال والمنافع المستوفاه بالعقد الفاسد، حكمٌ ينشأ منه الضرر، فهو منفيٌّ بأدله نفي الضرر، وإذا ارتفع العدم ثبت نقيضه، فالضمان ثابت.

هذا غاية ما يمكن أن يقرب به الإستدلال بقاعده «لا ضرر».

وخلاصته: إن معنى القاعده: كلّ حكم ينشأ منه الضرر فهو منفي، وإن عدم الحكم ممّا يمكن التعيّد به، ونفيه جعل لعدمه، وتكون النتيجة ثبوت الحكم بالضمان.

وفيه: إنه لا كلام في أنّ عدم الحكم ممّا يمكن التعيّد به، ولكنّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، إذ المفروض عدم إنشاء الحكم بعدم الضمان، والقول بأن عدم الحكم من دون إنشائه مجعول، فاسد جدّاً.

هذا أوّلاً.

وثانياً: ظاهر الرواية: أن المنفيّ هو الحكم الضرري، لا عدم الحكم الذي ينشأ منه الضرر.

فالقول بعدم حكم الشارع فيما نحن ضرري، فيكون مجرى قاعده لا ضرر، لا يمكن مساعدته عليه بوجه.

فإن قلت: إنّ الانتفاع بدار الغير أو دابّته - مثلاً - بلا دفعٍ للبدل «ضرار»، وهو منفيٌّ بالحديث الشريف، فيجب التدارك.

ص: ٢١٨

قلت: إن مفاد الحديث نفى الضرار، لا نفى الضرار غير المتدارك، وتدارك الشيء غير عدم الشيء.

وتلخص:

عدم الدليل على الضمان في الأعمال والمنافع المستوفاه بالعقد الفاسد، فقاعده: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده... منتقضه.

وأما بناءً على ما ذكرنا من أن دليل القاعده هو: قاعده السِّلْطَنه، بالبيان المتقدم، فغايه ما يمكن أن يقال في الأعمال والمنافع هو: إن تسليمه الدار للانتفاع بها، مبنئ على أن المنفعه المستوفاه ليست مجائيه، فمقتضى هذا الشرط الضمنى - بعد عدم وجوب دفع العوض المسمّى، لفساد العقد - وجوب دفع البدل، فيختص الاستدلال بصوره استيفاء المنفعه أو العمل، وأما حيث لم يتحقق الاستيفاء، فلا دلالة للقاعده على الضمان(١).

ص: ٢١٩

قال الشيخ:

ويبقى الكلام حينئذٍ فى بعض الأعمال المضمونه التى لا يرجع نفعها إلى الضامن ولم يقع بأمره، كالسبق فى المسابقه الفاسده، حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق اجره المثل، خلافاً لآخرين. ووجهه... .

أقول:

إن المسابقه عقد مشروع مستقلٌ مبحوث عنه فى كتاب السبق والزمايه، وهو من العقود اللآزمه، يتعاقدان على أن يكون السبق لمن سبق، ويكون السبق من أحدهما أو من كليهما.

فإن كان العقد صحيحاً، فالضمان - وهو كون السبق للسابق - ثابت، وأما إن كان فاسداً، فحكم شيخ الطائفه (١) وجماعه بأن لا ضمان بالنسبه إلى اجره المثل، فكان ما يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. وذهب العلامه والمحقق الثانى (٢) وآخرون إلى ثبوته أخذاً بالقاعده.

ص: ٢٢٠

١- ١) أنظر: المبسوط فى فقه الإماميه ٦ / ٣٠٢، شرائع الإسلام ٢ / ٢٤٠، مسالك الإفهام ٦ / ١٠٩ - ١١٠

٢- ٢) أنظر: تذكره الفقهاء ٢ / ٣٥٧، جامع المقاصد ٨ / ٣٣٧، إيضاح الفوائد ٢ / ٣٦٨

وقد اختار الشيخ القول الأول، فالقاعده على هذا القول منتقضة، والوجه في ذلك هو:

إنَّ الأدلَّة التي أقامها الشيخ على الضَّمان في المنافع والأعمال غير جارية هنا، وذلك، لأنَّ موجب الضَّمان إمَّا هو الانتفاع بمال الغير فيجب عليه التدارك، وإمَّا أنْ يأمر الغير على عملٍ، وعمل المسلم محترم، فتجب عليه أجرته، وإمَّا هو الإجاره أو الجعالة الصحيحه، فيجب عليه دفع العوض المسمَّى.

والمسابقه الفاسده ليست بإجاره أو جعالة، ولا- يترتب عليها ضمان المسمَّى لعدم صحَّتها، والعمل الذي قام به لم يقع بأمر الضَّامن، وهو لم ينتفع بالعمل. وإذْ لا أمر ولا استيفاء للمنفعه ولا عقد يكون مؤثراً في استحقاق الأجره والعوض، فلا ضمان(١).

ص: ٢٢١

هل يفرق في الضمان بين علم الدافع وجهله؟

قال الشيخ:

ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض، وتوهم أن الدافع...

أقول:

إنما ينتفى الضمان في موارد، كالإذن في التصرف أو الغرور حيث أن المغرور يرجع إلى من غره، وأما في العقد الفاسد، فقد يكون كلاهما جاهلين بفساده، أو عالمين به، أو الدافع جاهل والقابض عالم، أو بالعكس.

فإن كانا جاهلين، فالضمان ثابت، لقاعده الضمان بناءً على تماميتها، وإن كان الدافع جاهلاً والقابض عالماً، فبطريق أولى، لأنه يعتقد بصحة العقد فيسلم الشيء، لكن الآخذ عالم بالفساد فهو يأخذه يكون ضامناً بلا إشكال.

وإن كان الدافع عالماً بالفساد والقابض جاهل، أو كانا عالمين، فقد يقال

ص: ٢٢٢

بعدم الضمان:

لأن الإقباض مع العلم بالفساد إذن في التصرف، فلا ضمان حينئذٍ.

أو لأن الإقباض في هذه الحالة أمانه مالكيه (١).

أو لأنه لما كان الدافع عالماً والقابض جاهلاً، فإن القابض مغرورٌ من قبل الدافع، والمغرور يرجع على من غره.

لكن ذلك كله توهم.

لأن الأمانه المالكيه، إمّا هي عباره عن الإيداع أو الإعارة ونحوهما، ولا شيء من هذه العناوين بمقصود للدافع، فلا موضوع للأمانه هنا.

وأمّا الإذن في التصرف، فإنه من باب الجرى على المعاوضه تشريعاً أو من باب عدم المبالاه بالحكم الشرعى، فهو لم يدفع الشيء مجاناً ليكون إعطاؤه إذنًا في التصرف، لأن الإذن في التصرف يكون في حال الدفع مجاناً مع إمضاء الشارع، خاصه في صورته علمهما بالفساد، فإنه لا يتصور الآخذ إذن الدافع ورضاه بالتصرف.

ص: ٢٢٣

وأما قاعده الغرور، فإنما تجرى في موردٍ يكون التصرف بتغيير الغير مع الاعتقاد بعدم الضمان، وليس القبض فيما نحن فيه كذلك، بل هو على وجه المعاوضه.

وعلى الجملة، فالضمان ثابت في الصور الأربع، لقاعده الضمان بناءً على تماميه الاستدلال بها كما عليه الشيخ، أو لقاعده السلطنه كما هو المختار عندنا، غير أنه لا موضوع لذلك في صوره عدم الانتفاع أو عدم التسبب للفعل.

هذا كله في أصل القاعده، وقد تبين أن الصحيح جريانها على أساس قاعده المؤمنون عند شروطهم، في كل مورد يتحقق التصرف في الشيء أو الاستيفاء للمنافع أو التسبب للعمل.

الكلام في عكس القاعده

قال الشيخ:

وأما عكسها، وهو: إن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، فمعناه: إن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده، ففساده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن والوكاله والمضاربه... .

أقول:

هناك عقود ليس في صحيحها ضمان إذا حصل التلف، كالهبه والوكاله والرهن والمضاربه، كذلك في فاسدها، بمقتضى عكس القاعده، ويعود البحث هنا في معنى «الباء»، والسبب أوفق، أما بناءً على كون المدرك هو قاعده الإقدام فواضح، وأما بناءً على كونه قاعده اليد، فإنها قاعده اقتضائه

ص: ٢٢٤

والمانع عنها إذن المالك كما تقدم، فعدم المعلول بسبب وجود المانع.

قال:

والعاريه غير المضمونه بل المضمونه، بناءً على أن المراد بإفاده الصحيح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج... .

أقول:

أما غير المضمونه فواضح، وأما المضمونه، فلا ضمان فيها كذلك، بناءً أن مركز البحث في وجوب الضمان وعدمه عباره عن نفس العقد، فالمضمونه داخله في البحث لاندراجها تحت عكس القاعده وإن كان الضمان ثابتاً فيها، لأن ثبوته بالشرط، وهو أمر خارج عن العقد، هذا ما أفاده.

ولكن التحقيق عدم دخول العاريه المضمونه في البحث، سواء كان دليل القاعده هو اليد أو قاعده الإقدام، على ما تقدّم.

الخلافاً في ضمان العين المستأجره

قال الشيخ:

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجره فاسداً، لأن صحيح الإجاره غير مفيدٍ لضمّانها كما صرح به... إلّا أنّ صريح الرياض الحكم بالضمان... والأقوى عدم الضمان، فالقاعده المذكوره غير مخصّصه بالعين المستأجره ولا متخصّصه.

أقول:

قد وقع الكلام بين الفقهاء في ضمان العين المستأجره بالعقد الفاسد إذا

ص: ٢٢٥

تلفت إلّا أن يشترط على كلام (١) فيه:

ف قيل بعدم الضمان، لأنّ صحيح الإجاره غير موجب للضمان، ففاسدها كذلك بمقتضى القاعده، وهذا صريح جماعه وظاهر كلام آخرين (١).

وقيل بالضمان، وهو صريح الرياض، وحكى نسبه إلى المفهوم من كلمات الأصحاب (٢)، قال الشيخ: والظاهر أنّ المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي (٣).

والمحقق الثاني (٤) اختلف كلامه، فاختر في بدو النظر الضمان، للفرق بين الإجاره الصحيحه والفايده، أمّا في الصحيحه، فلا ضمان، لأنّ يد المستأجر أمانيه، وأمّا في الفاسده، فلأنها عدوانيّه، والتصرف في العين حرام

ص: ٢٢٤

١- (١) أنظر: القواعد ١ / ٢٣٤، تحرير الأحكام ١ / ٢٥٢، التذكرة ٢ / ٣١٨

٢- (٢) الرياض ٢ / ٨

٣- (٣) مجمع الفائده والبرهان ١٠ / ٥٠

٤- (٤) جامع المقاصد ٦ / ٢١٤

لأنه غصب فيضمنه.

ثم قال بعد ذلك بعدم الضمان، لقاعده ما يضمن بصحيحه فقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً للاستيلاء، (قال) ولو شكك، فالأصل براءة الذمه من الضمان، ثم نقض القول بالضمان في الإجاره الفاسده بالرهن الفاسد، وقد قام الإجماع على عدم الضمان في فاسده كما لا يضمن في صحيحه.

قال الشيخ:

لعل الحكم بالضمان في المسأله، إمّا لخروجها عن قاعده ما لا يضمن... وإمّا لأنّ قاعده ما لا يضمن معارضه هنا بقاعده اليد.

أى: فهي خارجه عن القاعده تخصّصاً أو تخصيصاً.

أمّا تخصّصاً، فلأنّ القاعده إنما تجرى في العقد بحسب ما تعلّق به، وفي الإجاره يتعلّق العقد بالمنفعه لا بالعين، فضمن العين إذا تلفت في العقد الفاسد مستند إلى دليلٍ آخر غير القاعده، وهو: إنّ دفع الموجد للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر الانتفاع بها، والمفروض عدم الاستحقاق لفساد العقد، فيده عليها يد عدوانٍ موجه للضمن.

وأمّا عدم الضمان للعين في الإجاره الصحيحه، فلأنّ يد المستأجر يد أمانته ولا ضمان في الأمانه.

وأمّا تخصيصاً، فلأنّ القاعده معارضه في الإجاره الفاسده بقاعده اليد، وقاعده اليد أظهر منها فتقدّم عليها.

هذا شرح كلام الشيخ رحمه الله.

ص: ٢٢٧

وأقول:

إنَّ الإِجَارَه على أقسام:

أحدها: أن تكون العين المستأجره بيد المالك، كأن يستأجر السيَّاره لحمل المتاع، والذي يقودها هو المالك لها.

ولا كلام في عدم ضمان المستأجر في هذا القسم.

والثاني: أن يستأجر السيَّاره، ويقودها شخص آخر بإذن من المالك.

ولا كلام في عدم ضمان المستأجر في هذا القسم أيضاً.

والثالث: أن يستأجر السيَّاره، ويكون هو القائد لها، وهذا هو محلّ الكلام.

قال الشيخ:

مورد العقد في الإجاره المنفعه، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد....

فقال المحقق الخراساني: «الإجاره عباره عن إضافه خاصه بين العين المؤجره والمستأجر» (١).

وقال شيخنا الاستاذ: «الإجاره عباره عن جعل العين في الكراء أو جعل نفسه بالأجره ولا يتعدى إلّابالعين، وملك المنفعه لازمها

الغالبى...» (٢).

وما ذكره شيخنا في غايه الدقه والمتانه، وقد أوضحناه في كتاب الإجاره بالتفصيل.

وعلى الجملة، إنه لو كان مفاد مادّه الإجاره عبارة عن تملك المنفعه،

ص: ٢٢٨

١-١) حاشيه المكاسب: ٣٢

٢-٢) حاشيه المكاسب ١ / ٣٢٨ - ٣٢٩

كان للضمان وجه، بأن يكون معنى «آجرتك الدار» تملكك منفعتها، وهذا صحيح، ولو قال: آجرتك نفسى، يكون معناه: ملكتك منافع نفسى، بأن يقصد العمل، إن صحَّ التعبير عنه بالمنفعه... .

ولكنَّ حقيقه الإجاره ليس تملكك المنفعه.

وقيل: الإجاره هى التسليط على العين للانتفاع بها بعوض، وهو مختار السيد فى العروه (١)، ولا- بأس فى هذا القول، لكنّه غير جامع للموارد، إذ لا تسليط فى مورد الحرّ المستأجر للعمل كالخياطه مثلاً، فما ذكره يختصُّ بإجاره الأعيان ولا يشمل عمل الحرّ.

فسواء تكون الإجاره إضافه خاصه كما قال المحقق الخراسانى، أو جعل العين فى الكراء كما قال شيخنا، أو التسليط على العين للانتفاع كما قال السيد، فإنَّ العين واقعته فى حيز المستأجر بواسطه المالك، وهو مأذونٌ فى التصرف فيها والانتفاع بها، وحينئذٍ، لا معنى للقول بالضمان.

وما ذكره الشيخ - من أنّ دفع المالك العين فى الإجاره الفاسده إنما هو من جهه البناء على كون المستأجر مالكاً للمنفعه، والمفروض عدم الملكيه، لفساد العقد، فیده يد عدوانٍ موجب للضمان - عجيب جداً، لما ذكرنا مراراً من أن القضيّه الخارجيه تختلف عن الحقيقه، فلو سلّم الشئ لغيره بداعٍ من الدواعى، لم يعقل فيه التقدير والتقييد والتعليق، لأن هذه الامور من أحكام القضايا الحقيقه الكليه لا- الخارجيه الجزئيه، والمفروض هنا أنه قد سلّم الشئ لاعتقاده بكونه مالكاً للمنفعه، وما وقع فى الخارج لا ينقلب عمّا وقع

ص: ٢٢٩

عليه، فهو قد أذن له بالتصرّف وإن كان في بنائه وتقديره خطئان، وحينئذٍ لا وجه للضمان.

فالحقّ هو القول بعدم الضمان في الإجاره الفاسده (١)، والعلم عند الله.

ص: ٢٣٠

قال الشيخ:

ثم إنه يشكل أطراد القاعدة في موارد:

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ، بناءً على فساد العاربه، فإنهم حكموا بضمنان المحرم له بالقيمه، مع أن صحيح العاربه لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني... إلّا أن يقال... .

أقول:

لا- يخفى أنه لا- يجوز الصّيد للمحرم، ولو اصطاد لم يملك، ولو اصطاد قبل الإ-حرام ثم أحرم، خرج الصّيد عن ملكه وعليه إرساله.

إنما الكلام في استعارته الصّيد من المحلّ.

فعلى تقدير الحرمة، تكون العاربه فاسده، ولو فعل فقد حكموا

بضمانه، قال المحقق: لا يجوز للمحرم أن يستعير... ولو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه ذلك (١).

وقال العلامة (٢): ولو استعاره وجب عليه إرساله، وضمن للمالك قيمته، ولو تلف في يده ضمن أيضاً بالقيمة لصاحبه المحلّ، وبالجزاء لله تعالى، بل يضمنه بمجرد الإمساك.

فأشكل الشهيد الثاني (٣) في ذلك، لأنّ صحيح العاريه لا يضمن به، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

وذهب صاحب الجواهر إلى أنه يضمن إذا أرسل (٤).

١ - الصّيد الذي استعاره المحرم

فقول:

إنه إذا استعار المحرم الصيد من المحلّ، فإنه يخرج بذلك عن ملك المالك المحلّ، فكأن هناك تضاداً بين يد المحرم وملكه الصّيد، فبمجرّد تحقق يده عليه يكون من المباحات.

وبتقريب آخر: إذا استعار الصّيد وجب عليه إرساله، والإرسال إتلافٌ، وجواز إتلاف مال الغير يكشف عن عدم ملكه.

إذن، فلاستعاره أوجبت إتلاف مال الغير، والإتلاف يوجب الضمان،

ص: ٢٣٢

١-١ (١) شرائع الإسلام ٢ / ٤٠٨ - ٤٠٩

٢-٢ (٢) تذكره الفقهاء ٢ / ٢٠٩

٣-٣ (٣) المسالك ٥ / ١٣٩

٤-٤ (٤) جواهر الكلام ٢٧ / ١٦٤

فيكون المورد خارجاً عن البحث، لأن الموضوع لقاعده ما لا يضمن... هو التلف لا الإلتلاف، فلا تنتقض القاعده به.

هذا بناءً على أن الاستعاره توجب ذلك، كما قال جمع من الأعلام، بل صرح به الميرزا الاستاذ.

إلّا أنّنا لا نوافق على ما ذكر، لعدم الدليل على وجود التضادّ بين يد المحرم وملكيه الصّيد، حتى لو كانت الملكيه للغير، نعم، الدليل على عدم ملكيه المحرم لما اصطاده قبل الإحرام موجود.

وأما قضيه أنّ مال الغير لا يجوز إلتافه، فإذا جاز الإلتلاف كشف عن عدم ملكيه الغير للشيء، فقضيّه صحيحه، لكنّ عدم جواز إلتافه ليس مطلقاً، بل هو مقتيد بعدم المجوّز له شرعاً، فإذا جاء المجوّز جاز ووجب الضّمان، لعدم الملازمه بين الحكمين التكليفي والوضعي كما لا يخفى.

هذا كلّ بناءً على وجوب ارسال الصيد على المحرم وخروجه عن ملكيه الغير، على ما تقدّم، إذ هو إلتلاف وليس بتلف.

لكنّ الشيخ حاول تقريب الضمان بنحو يكون مستنداً إلى التلف لا الإلتلاف، وبيان صناعي جميل، فقال:

إلّا أنّ يقال: إن وجه ضمانه - بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته - : إن المستقر عليه قهراً بعد عاريه هي قيمه لا العين، فوجوب دفع قيمه ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد لا بسبب التلف.

وتوضيحه:

إنّ الصيد بيد المحرم عاريه واجب الإرسال، وإرساله إلتلافٌ وهو سبب

ص: ٢٣٣

ضمان القيمة، فهو قبل التلف حيث أنه مكلف بالإتلاف ضامنٌ شرعاً للقيمة، إذ الضمان أثر لذلك التكليف وهو مترتب من حينه، فضمان القيمة ثابت قبل حصول التلف خارجاً.

أقول:

لا- إشكال في أنه لو كلف بإيجاد العلة فالتكليف بالمعلول أيضاً حاصلٌ، لعدم انفكاكه عن العلة، لكنّ هذا إنما يكون في حال كونهما على نسقٍ واحد، وما نحن فيه ليس كذلك، لأن التكليف بالإتلاف بإرساله فعليٌ، والضمان موقوفٌ على تحقّق الإتلاف، فلا يعقل أن يكون التكليف بالإرسال تكليفاً بالضمان.

جهات البحث في المسألة

ولا بأس بالإشارة إلى جهات البحث في المسألة:

هل استعاره المحرم للصيد فاسده؟

هل هذا الضمان، ضمان التلف أو الإتلاف أو بدل الحيلولة؟

هل يوجد فرقٌ بين أن يعلم المعير بكون المستعير محرماً وجهله بذلك؟

هل للمحرم أن يرده إلى مالكة أو لا بل يرسله؟

لو رده إلى مالكة تبرأ ذمته من القيمة أو لا؟

الظاهر أنه لم يقل أحد بفساد عاريه المحرم، وإنما هو احتمال من الشهيد الثاني، وهو غير بعيد، لا من جهة اقتضاء النهي لذلك، لعدم الخلاف ظاهراً في حرمه استعاره المحرم الصيد، بل لما تقرّر في الاصول من أنّ النهي

ص: ٢٣٤

فى المعامله وإن لم يكن موجبا للفساد إنما أنه ليس على إطلاقه، بل فيه تفصيل، فإن كان النهى عن إيجاد المعامله، لم يوجب الفساد بل ربما يقال بأنه يدل على الصحه، وإن كان عن الأثر المترتب عليها، فالمعامله التى لا أثر لها لا يعقل أن تكون صحيحه.

ولما كان المقصود من العاربه هو الانتفاع من الشىء، لكن المحرم لا يجوز له أن ينتفع بالصيد، فانتفى أثر العاربه، فهى فاسده.

وأما البحث فى جهه الضمان، فالشيخ على أنه ليس ضمان التلف أو الإتلاف بل إنه ضامن للقيمه قبل التلف تشريعا، لأن التكليف بالسبب الذى يترتب عليه المسبب تكليف بالمسبب، فهو بمجرد الإمساك مكلف بالإرسال، ونتيجة الإرسال ضمان القيمه، فهو قبله مكلف بأداء القيمه للمالك.

وفيه: إن هنا حكمين، أحدهما فعلى، وهو وجوب الإرسال بمجرد الإمساك على القول به، وهذا حكم تكليفى، والآخر - وهو الحكم الوضعى، أى الضمان بالقيمه - تقديرى، فإنه على تقدير الإرسال، إذن، لا يتصور هنا ضمان غير ضمان الإتلاف.

والميرزا الاستاذ ذهب إلى ثبوت ضمان الإتلاف مع وجود الصيد فى يده وقبل حصول الإرسال، قال: إن وضع يده على الصيد موجب لسقوط ملكيته، فهو بمجرد أخذ الصيد من المالك مُتلف لملكه لأنه يصاد الملكيه، إذ لا فرق فى ضمان الإتلاف بين الإعدام الخارجى وإتلاف المائيه (١).

ص: ٢٣٥

وكان رحمه الله قد استفاد هذه المضادة من خروج الصييد عن ملك من اصطاده قبل الإحرام ثم أحرم، إذ يدل ذلك على أنّ الإحرام وكون الصيد مملوكاً لا يجتمعان، سواءً كانت الملكيه لنفس المحرم أو غيره.

وبالجملة، إن الامساك الذى يتعقبه الإرسال الكاشف عن عدم الملكيه - إذ لو كان ملكاً لما جاز إرسال مال الغير - إتلاف، وإن كان موجوداً.

ويرد عليه: إن الاستفادة من النصوص هو تضادّ يد المحرم مع كونه مالكا للصيد، لا المملوكيه مطلقاً وإن كان لغيره.

فما ذكره طاب ثراه لا يمكن المساعده عليه.

وفصل السيد (1) بين علم المعير بكون المستعير وجهله بذلك، فإنّه إذا كان عالماً كان الإتلاف مستنداً إليه، لأنه السبب فى ذلك، لأنه سلّم الصيد مع علمه بكونه المستعير محرماً وأنه سيرسله، فالبحث عن ضمان المحرم وعدم ضمانه يختصّ بصوره جهل المعير بكونه محرماً.

وفيه: إن الإسناد إلى السبب يتوقف على أن لا يكون المباشر أقوى منه، والمعير وإن كان سبباً للإتلاف إلّا أن المستعير المحرم هو الأقوى، فهو مستند إليه دون المعير، فلا فرق حينئذٍ بين علم المعير وجهله.

ومن الأصحاب من قال بأنه ضمان بدل الحيلولة الواجب فى كلّ مال امتنع رده إلى مالكة، لأن المورد من هذا القبيل، إذ الصيد بوجوب إرساله شرعاً ممتنع رده، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فيجب دفع بدل الحيلولة.

وفيه: إن مورد بدل الحيلولة هو ما إذا وقع مال الغير بيد الإنسان وامتنع

ص: ٢٣٦

ردّه إلى مالكه مع وجوده خارجاً، كما لو وقع في البحر مثلاً، فكان الانسان حائلاً بين الملك ومالكه، فبدل الحيلولة فرع على ثبوت الضمان، والبحث فيما نحن فيه في أصل الضمان.

وهل يجوز للمحرم أن يردّ الصيد إلى مالكه فيسقط الضمان؟

مقتضى كلام الميرزا الاستاذ قدس سرّه أنه لا أثر للردّ، لأنّ الصّيد بمجرّد إمساك المحرم خرج عن ملكه واستقرّ ضمان الإلتلاف على المحرم، فلو ردّه حصل للمالك صيداً جديداً.

وبعبارة اخرى: المسقط للضمان ردّ الملك، وهذا ليس برّد له.

والذى نحن عليه (١): إنه لا- يجوز للمحرم إمساك الصيد، أمّا خروجه عن ملك مالكه وعدم جواز ردّه إليه، فلا دليل عليه، بل هو باق على ملك مالكه، فإن ردّه المحرم إليه فلا ضمان عليه، والإرسال يجب إذا لم يمكن الردّ، فإذا لم يمكن ذلك وأرسله ضمن قيمته بضمن الإلتلاف، وعلى هذا، فقاعده ما لا يضمن غير منتقضه. والله العالم.

٢ – المنافع غير المستوفاه في البيع الفاسد

قال الشيخ:

ويشكل أطراد القاعده أيضاً في البيع فاسداً بالنسبه إلى المنافع التي لم يستوفها، فإنّ هذه المنافع غير مضمونه في العقد الصحيح مع أنها مضمونه في العقد الفاسد.

ص: ٢٣٩

أقول:

المنافع للعين المستأجره مثلاً- تارة: متصله كالصوف ونحوه من الشاه، وأخرى: هي في معرض الانفصال كاللبن، وثالثه: هي في معرض الفعلية بواسطة المستأجر كركوب الدابه وسكنى الدار، ورابعه: هي في حد ذاتها فعليته.

وجميع هذه الأقسام داخله فى البحث.

ثم إنه إن استوفى المستأجر المنافع، فما كان وجوده فعلياً فقد أتلفه، ومقتضى قاعده الإتلاف هو الضمان بلا كلام، وأما ما لا وجود له بالفعل، فهو بمنزله الإتلاف إن انتفع به، كالدابه يركبها مثلاً. ففي المنافع المستوفاه إتلاف حقيقه أو فى قوه قريبه من الإتلاف.

والشيخ لم يتعرض للمنافع المستوفاه، لوضوح الحكم فيها.

وأما المنافع غير المستوفاه، كأن كان الحيوان سميناً فأصبح مهزولاً أو تلف لبنه وهو بيد المستأجر بعقد فاسد، وكالدار المشتره ببيع فاسد ولم تسكن من قبل المشتري، فلو ردّ الحيوان أو الدار إلى المالك يضمن تلك المنافع أو لا؟

قال المشهور بالضمان، وأرسله الشيخ إرسال المسلم، فيتوجه الإشكال بأنها ليست مضمونه فى العقد الصحيح، فلماذا تكون مضمونه فى الفاسد، والقاعده تقول: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده؟

قال الشيخ:

إلّا أن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع فى العقد الصحيح والفاسد.

ص: ٢٤٠

وفيه نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونه في العقد الصحيح، لأن الثمن إنما هو بأزاء العين دون المنافع.

أقول:

وما ذكره هو الصحيح.

وقال السيد: «المنافع وإن لم تكن مقابله بالمال، إلا أنها ملحوظة في قيمه وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونه...» (١).

ولكنه وجه خطابي، لأن الواسطه في الثبوت لا يقع في حيز الثبوت، وكثره المنافع أو الشروط واسطه في ثبوت إزدياد قيمه المضمونه، فلا يعقل أن تكون هي مضمونه كذلك.

وقال الميرزا الاستاذ: إن الثمن المسمى في عقد البيع وضمانه في مقابل العين، ومن ملك العين فالمنافع مباحه له بالدليل الشرعي وله التصرف، هذا في البيع الصحيح. أما في البيع الفاسد، فحيث أن العين غير منتقله إلى المشتري، فلا دليل على إباحه المنافع له، فهو ضامن بالنسبه إليها (٢).

وتوضيحه: إن للمنافع ماليه، وقد قام الدليل الشرعي في العقد الصحيح على جواز الانتفاع بها ولا ضمان، أما في الفاسد، فإن تلك المنافع باقيه على ملك المالك تبعاً للعين، وحيث أنها فاتت عليه لكون العين بيد المشتري، فالمشتري ضامن لها.

وفيه: إن جواز الانتفاع في العقد الصحيح غير محتاج إلى الدليل، لأن

ص: ٢٤١

١-١) حاشيه المكاسب ١ / ٤٦١

١-٢) وأنظر منه الطالب ١ / ١٢٦

العين مملوكه له، ومن ملك شيئاً ملك منافعه، أما إذا كان العقد فاسداً، فالقول بالضمان بالنسبه إلى المنافع غير المستوفاه محتاج إلى الدليل.

وغايه ما يمكن أن يقال هو: إن المشتري بسبب إمساكه للعين قد فوّت المنافع على البائع، وهذا بمنزله الإلتلاف فهو ضامن لها.

والجواب:

أمّا نقضاً: فبالعين المرهونه بالعقد الفاسد، إذ هي باقيه على ملك المالك، وكون المرتهن ممسكاً لها بمثابة الإلتلاف لمنافعها، وكذا في الوكاله الفاسده والهبه، ولا قائل فيهما بضمان المنافع.

وأما حلّاً، فإن إمساك الشيء غير الإلتلاف له، وقوام الإلتلاف هو التصرف، وكونه بمنزله الإلتلاف مجاز.

وما ذكره المحقق الخراساني من: إن الدليل على ضمان المنافع هو الدليل على ضمان الأعيان، لكون ضمانها من آثار ضمانها ولوازمه، ولا يتفاوت في ذلك بين كونها مستوفاه أو غير مستوفاه، كما لا يخفى (١).

ففيه: إن هذا عين المدعى.

تحقيق المقام

وأقول: قد تقدّم في الكلام على ضمان المنافع والأعمال في الإجاره الفاسده، أن الاستدلال على ضمانها بقاعده اليد أو احترام مال المسلم أو بأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، غير تام، بل قد عرفت عدم تماميه الوجوه المذكوره كذلك.

ص: ٢٤٢

فالمنافع غير المستوفاه غير مضمونه على الأقوى، كما ذهب إليه فخر المحققين (١). وعلى فرض الشك، فالأصل عدم الضمان.

٣ - حمل المبيع فاسداً

قال الشيخ:

ويمكن نقض القاعده أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في المبسوط و... من كونه مضموناً على المشتري، خلافاً للشهيدين و... .

مع أنّ الحمل غير مضمون في البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع... .

أقول:

الكلام في الحمل الموجود حين البيع، وأما ما يكون متأخراً عنه، فهو ملك للمشتري في العقد الصحيح، وللبائع في الفاسد، كما هو واضح.

ومنشأ الخلاف في المقام هو: إنه لَمَّا باع الحامل، فهل باع الحامل مع الحمل أو أنّ الحمل باقٍ على ملك البائع؟ فعلى الأول: يكون الحمل مضموناً كالحامل، فإن كان العقد صحيحاً فبالبدل المسمّى، وإن كان فاسداً فبالبدل الواقعي. وعلى الثاني، ففي جامع المقاصد (٢): إنّه في المبيع فاسداً غير مضمون فإنه ليس مبيعاً، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأُم، فيكون أمانه في يد المشتري... .

لكنّ الصحيح هو التفصيل بين علم البائع حين البيع بوجود الحمل

ص: ٢٤٣

١-١) إيضاح الفوائد ٢ / ١٩٤

٢-٢) جامع المقاصد ٦ / ٢٢٠

وجعله به، فإنه إن كان عالماً فالحمل أمانه مالكيه، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، والأمانه لا تضمن. وإن كان جاهلاً، فالحمل أمانه شرعيه لا مالكيه في العقد الصحيح، وإن كان فاسداً وباع نفس الحامل، فالحامل باق في ملكه، وكذلك الحمل بتبعه، وليس بأمانه مالكيه ولا شرعيه، وكان ثبوت الضمان مبتنياً على قاعده اليد.

فلا الضمان مطلقاً، كما عليه الشيخ وجماعه، ولا عدمه مطلقاً كما عليه الشهيدان وجماعه، بل الحق هو التفصيل (١).

قال الشيخ:

ويمكن النقص أيضاً بالشركة الفاسده، بناء على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجِبُ للضمان.

أقول:

عقد الشركة يتحقق، إما بأن يمتزج المالان فيشتركان مشاعاً في الممتزج، أو بأن يكون نصف ما بيد هذا لذاك ونصف ما بيد ذاك لهذا، فكلُّ من المالين يكون مشتركاً مشاعاً بينهما، ولكلِّ واحدٍ من الشريكين أن يتصرّف في كلِّ ما بيده، فلو تلف ما بيد أحدهما كُله بتلفٍ سماويٍّ لم يكن ضامناً إن كان العقد صحيحاً، ويضمن إن كان فاسداً، بناءً على عدم جواز التصرف لهما كما قال الشيخ.

ص: ٢٤٥

وتحقيق المقام أن يقال:

إن كان نتيجة الشركه: عبارته عن ملكيه كل منهما لما كان يملكه الآخر على وجه الإشاعه، ففي هذه الصوره يتوقف تصرفهما على إذن الآخر، لعدم جواز التصرف في المال المشترك إلامع الإذن ما دام مشاعاً، وعليه، فلو تصرف بلا إذن ضمن، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، لقاعده اليد المعتمده عند المشهور، وأما معه، فلا ضمان كذلك وهو واضح.

وإن كان نتیجتها: أن يسلط كل منهما صاحبه على ملك نفسه، فلا ضمان إذا تلف كما هو واضح كذلك، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً.

فظهر ما في كلام الشيخ من قوله: بناءً... حيث أن الحكم عدم الضمان مع عدم جواز التصرف، وكذلك الحال في الوديعه والرهن، لأن الضمان لا يدور مدار جواز التصرف شرعاً وعدمه، بل يدور مدار الإذن والرّضا وعدمه.

في مبني القضيّه السالبه في القاعده

قال الشيخ:

ثم إن مبني هذه القضيّه السالبه... هي الأولويّه... .

أقول:

نصّ عبارته شيخ الطائفه في الرهن (1) هو: لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه، فكيف فاسده؟

وقد فسّر الشيخ كلمه «فكيف...» بالأولويّه.

ص: ٢٤٦

وتوضيحه: إن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذى هو بمنزلة العدم لا يؤثر فى الضمان، لأن الضمان: إمّا من الإقدام والمفروض عدمه، وإلّا لضمن بصحيحه، وإمّا من حكم الشارع بالضمان بواسطه هذه المعامله الفاسده، والمفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

فظهر الفرق بين مسلكه ومسلك جامع المقاصد الذى تمسك بأصالة عدم الضمان، لأن موضوع الأصل هو الشك فى الموجب، ومفاد كلام الشيخ عدم الشك، بل يقطع بعدم الضمان لعدم الموجب له، لأن إحراز عدم العلة إحراز لعدم المعلول.

ثم قال الشيخ:

ووجه الأولويّه: أن الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال... لكن يخدمها....

توضيحه: إن الضمان فى العقود التى يضمن بصحيحها مستند إلى قاعده الإقدام، لكن يمكن القطع بعدمه فى فاسدها، لأن الذى وقع الإقدام عليه - وهو العوض المسمّى - غير نافذ، وأمّا المثل أو القيمه فلم يقدمه عليه من الأوّل، أمّا التى لا- ضمان فى صحيحها، فلا ضمان فى فاسدها بالأولويّه.

لكن الظاهر أن مراد شيخ الطائفة هو: إن الضمان فى الفاسد فرع للضمان فى الصحيح، فإذا لم يكن فى الأصل ففى الفرع بالأولويّه.

وقد خدش الشيخ الأولويّه بأنه: يمكن أن يقال: بأن حكم الشارع بالصحة فيما لا يضمن بصحيحه هو الموجب لعدم الضمان، أمّا فى الفاسد، فاليد موجوده ولا تسليط من الشارع، فالضمان ثابت.

ص: ٢٤٧

ومثال ذلك: فى الرهن حكم للشارع بتسليط الراهن المرتهن على العين المرهونه، وحكم فى الإجاره بتسلط المستأجر على العين المستأجره، أمّا فى الفاسد من الرهن والإجاره، فلا تسليط من الشارع والعين بيد المرتهن والمستأجر، واليد موجه للضمان.

وجواب هذه الخدشه فى قوله:

فإن قلت: إنَّ الفاسد وإن لم يكن له دخل فى الضمان إلّا أنَّ مقتضى عموم على اليد هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود... وبقي الباقي.

أى: إن موجب الضمان، إن كان قاعده الإقدام، فهو منتف فيما لا يضمن بصحيحه كذلك فى فاسده، لكن هنا موجباً آخر له وهو عموم قاعده اليد، فمقتضى اليد فى الفاسد هو الضمان، فلو تلف الثوب فى يد الأجير لغسله لم يضمنه فى صحيح الإجاره، أمّا فى فاسدها فمقتضى اليد هو الضمان، وهكذا فى الوكاله والعاريه، إلى غير ذلك.

فللضمان سببان، أحدهما: الإقدام، وهذا غير موجود فى الفاسد ممّا لا يضمن بصحيحه، والآخر: اليد، وهذا موجود فى الإجاره والعاريه والوكاله الفاسده.

فأجاب قائلاً:

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، وهى عموم ما دلّ على أن من لم يضمنه المالك... فهو غير ضامن. أمّا فى غير التمليك بلا- عوض - أعى الهبه - فالدليل المخصص لقاعده الضمان عموم ما دلّ على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن... وأمّا فى الهبه الفاسده، فيمكن

ص: ٢٤٨

الاستدلال على خروجها... .

يعنى: إن قاعده اليد محكمه لكنّها مخصّصه بالنصوص الدالّه على عدم الضمان فى الوديعه والوكاله والإجاره:

كقوله عليه السلام: «ليس على مستعير عاريه ضمان» (١).

وقوله عليه السلام: «صاحب العاريه والوديعه مؤتمن» (٢).

وقوله عليه السلام: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان» (٣).

بل فى بعضها:

«ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن وقد جرّبتة» (٤).

فالشيخ يوافق على عموم قاعده اليد، ويجب بكونها مخصّصه بهذه الأدله الشرعيه، وعمومها يشمل صحيح ما لا يضمن وفاسده أيضاً.

فإن قلت: لا- يوجد نصّ على عدم الضمان فى الهديه، فمقتضى القاعده هو الضمان فى الهديه الفاسده وإن لم يكن فى الصحيحه.

فأجاب بعدم وجوب الضمان فيها بدليل الأولويه.

وأشكل المحقق الخراسانى (٥): بأن عدم الضمان فى تلك الموارد يختص بالتلف السماوى، أمّا مع التعدى والتفريط فالضمان ثابت.

وأما الهبه، فعدم الضمان ثابت سواء فى التلف والإتلاف، فلا استدلال

ص: ٢٤٩

١-١) وسائل الشيعه ١٩ / ٩٣، باب ثبوت الضمان على المستعير، الرّقم: ٦

٢-٢) نفس المصدر

٣-٣) نفس المصدر، وأيضاً: ١٩ / ٧٩، باب أن الوديعه لا يضمنها المستودع، الرّقم: ١

٤-٤) وسائل الشيعه ١٩ / ٨١، نفس الباب، الرّقم: ١٠

٥-٥) حاشيه المكاسب: ٣٣

بالفحوى فى غير محلّه، لأن عدم الضمان فى الوديعه وغيرها مغايرٌ لعدمه فى الهبه.

ولقد كان الأولى أن لا يسلم بعموم القاعده، لما كررنا من أنها اقتضائيه، فتؤثر إن لم يكن هناك مانع، وإذن المالك بالتصرف مانع، وهو بتسليم العين موجود فى جميع الموارد المذكوره، ولو قيل بأن إذنه مبنى على اعتقاده بصحة العقد، فقد قلنا أنه فى القضايا الخارجيه لا يكون الاعتقاد مضيئاً، فتخلف الداعى لا يخرج العين عن كونه مأذوناً فيه.

فعلى هذا، فإن المانع عن تأثير قاعده اليد هو الإذن المالكى، وهو متحقق فى الموارد كلها والهبه بلا فرق... .

وتلخص: إن ما ذكره فى جواب الإشكال من أن قاعده اليد مخصّيه بالأدله فى أبواب العاريه والوديعه والإجاره والوكاله، أما فى الهبه، فإنه وإن لم يرد نص لكن الحكم جارٍ فيها بالأولويه... مخدوش: بأن القاعده المذكوره - على القول باعتبارها كما عليه المشهور - اقتضائيه، وما دلّ عليه تسليم العين من قبل المالك من الإذن والرضا بالتصرف، مانع عن الاقتضاء، فلا تؤثر قاعده اليد فى الضمان، لا فى الهبه ولا غيرها من العقود المذكوره.

وأما إشكال المحقق الخراسانى على ما ادّعه الشيخ فى الهبه من الأولويه، فيتلخص فى أنه لا يوجد فى المورد مناط الأولويه، لأن عدم الضمان فى تلك الموارد كان عباره عن عدم ضمان التلف، أما ضمان الإتلاف والتفريط فتأبت، أما فى الهبه، فلا يوجد ضمان مطلقاً، فعدمه فى الهبه هو بقولٍ مطلق، أما فى تلك الموارد فعدم ضمان خاص، فكيف تكون الأولويه؟

وقد أجاب شيخنا الاستاذ بما حاصله (١): إن ملاك عدم الضمان في تلك الموارد مستند إلى إذن المالك، فهو يأذن في التصرف في المال بقيد التحفظ على ملكه المالك، فيكون إذنه بالتصرف بقولٍ مطلقٍ كما في الهبة دالماً على رفع الضمان بالأولوية.

والإنصاف: عدم إمكان مساعدته على ما أفاده، لأن الواهب لا يأذن بالتصرف، بل يملك العين للمتهدب، نعم، يعلم بأنه سيتصرف فيه تصرف المالك في أموالهم. أمّا في سائر الموارد، فإنه إنما يأذن بالتصرف في ملك نفسه، فلا ربط بينهما حتى تتصور الأولوية.

والتحقيق: إن الآخذ في جميع الموارد مأذون في التصرف، فهو غير ضامن في صورته التلف، كما قال الشيخ بالتالي:

فحاصل أدلته عدم ضمان المستامن، أن دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي - أعني المثل أو قيمه - ولا جعلي، فليس عليه ضمان.

ولكنه: إذا قال «وكلتك في أن تبيع داري»، ولم يسلطه على الدار خارجاً بل الوكيل أقدم على الأخذ، أو قال له: «أعرتك داري» ولم يسلّمه، فهل يكون ضامناً؟ الظاهر أنّ مثل هذا العقد يدلّ بالملازمة على الإذن في الأخذ، إلّا أن يصرح فيقول: أعرتك داري ولا تتصرف فيها إلّا أن أسلمها إياك.

فهذا هو الطريق لخروج هذه الموارد ومنها الهبة، وهو خروج تخصصي عن قاعده اليد بناءً على اعتبارها، لا تخصيصي كما ذكر الشيخ رحمه الله.

ص: ٢٥١

(١)

قال الشيخ:

والظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرّف فيه... ويدلّ عليه: أنّ الإمساك آنأماً تصرّف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز، لقوله عجل الله فرجه... ولو نوقش في كون الإمساك تصرّفًا، كفى عموم قوله صلّى الله عليه وآله:

لا يحلّ مال امرئ مسلم... .

أقول:

قوله: «على تقدير...» إشارة إلى قول الشيخ وابن ادريس بجواز التصرّف فيه (١).

ص: ٢٥٢

لابدّ من البحث في خمسة جهات:

الأول: هل الإمساك يصدق عليه عنوان التصرف؟

والثانيه: هل يحرم الإمساك بعد القبض أم لا؟

والثالثه: هل يلزم فساد البيع لعدم إذن المالك بالتصرف أم لا؟

والرابعه: هل يجب الردّ أم لا؟

والخامسه: لو احتاج الردّ إلى المؤنه فهل تجب على المشتري؟

هل يصدق «التصرف» على «الإمساك»

أمّا الأولى، فلا وجه لأنّ يكون الإمساك تصرفاً، إذ «التصرف» تفعلٌ من الصّرف، وهو تحويل شيء من مكانٍ إلى مكانٍ أو من حالٍ إلى حال، فلا بدّ من إحداث تغيير في الشيء، وبقاء الشيء على حاله - وهو الإمساك - ليس بتصرف. نعم، لو طالب المالك به وامتنع المشتري عن تسليمه، فقد ارتكب المحرّم، لصدق عنوان الظلم عليه، وهذا لا ربط له بالتصرف.

هل يحرم الإمساك بعد القبض

وأمّا الثانيه، فقد استدلّ الشيخ بالخبر عن الإمام عجل الله فرجه (1).

ص: ٢٥٤

وفيه: إن ما نحن فيه - وهو الإمساك - لا يصدق عليه التصرف، فلا وجه لهذا الاستدلال.

ثم استدلّ بعموم الحديث النبوي: لا يحلّ مال امرئ مسلم... (١)، قال:

حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده.

وفيه: أولاً: إنه مرسلٌ. وثانياً: إنّ الحديث ظاهر في حرمة تملك مال الغير لا جميع الأفعال المتعلقة به. وثالثاً: إن ظاهر «عن طيب نفسه» هو الحكم الوضعي، لأنّ الحليّة معدّاة بحرف التجاوز الدالّ على النشو، يعني: أن يكون ناشئاً عن طيب نفسه، وهذا يلائم الحكم الوضعي دون التكليفي، ولا أقلّ من تردده بين أن يكون تكليفاً أو وضعاً، فيكون مجملاً ويسقط الاستدلال به.

فإن قلت: هناك روايه معتبره سنداً والتعديده فيها بالباء، وهي موثقه سماعه عن أبي عبدالله عن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله: «من كانت عنده أمانه، فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبه نفس منه» (٢) فلا يرد عليها ما ذكر.

قلت: قد اسند «لا- يحلّ» في هذه الروايه إلى أمرين هما: الدم والمال، ومن الواضح أن المعنى لا يتمّ إلّا بتقدير، ولا بدّ من أن يكون المقدّر معنى جامعاً صالحاً للإسناد إلى كلا- الأمرين، وعليه، فالمراد من «لا يحلّ» عدم حليّة التضييع وأنه لا يجوز أن يذهب دم امرئ مسلم ولا ماله - إلّا بإذنه -

ص: ٢٥٥

١-١) عوالى اللثالى ١ / ٢٢٣

١-٢) وسائل الشيعه ٥ / ١٢٠، باب حكم ما لو طابت نفس المالك، الرّقم: ١

هدراً... فلا ربط للروايه بالإمساك أصلاً.

بل يمكن أن يقال: بأنّ المراد هو الحكم الوضعي، وأنّ دم المسلم وماله محترم، كما في الروايات المستفيضه الوارده في أنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه.

والحاصل: إنه لا دليل على حرمة الإمساك بما هو إمساك.

هل يلزم فساد البيع لعدم الإذن بالتصرّف؟

وأما الثالثه، أمّا بالنظر إلى نفس البيع، فلا معنى لأن يقال: بأنّ بيع البائع يستلزم الإذن في ملك نفسه، لأنّ البيع إعدام للملكيه، وبالبيع يخرج المال عن كونه ملكاً للشخص، فلا موضوع للإذن أو عدم الإذن في التصرف فيه.

وأما بالنظر إلى أثر البيع وهو تسليم المبيع للمشتري، فإنّه لا يخلو أن يكون تسليمه من جهه اعتقاده بصحة البيع، أو يشك في صحه البيع ولا يبالي فيسلم الشيء، أو يعلم بفساده ومع ذلك يسلم.

فإن كان عالماً بفساد البيع أو شاكاً، فإن تسليمه المبيع إذن في التصرف لا محاله، بل إنه في صورته الشك يسلم الشيء وإن كان ملكاً لنفسه لا للمشتري، وهذا في الحقيقه إذن ورضاً بالتصرف كما لا يخفى فضلاً عن الإمساك، سواء كان المشتري عالماً بالفساد أو جاهلاً أو شاكاً، وسواء كان تصرفه في نفس البلد أو في بلد آخر... فلا ضمان على المشتري مطلقاً، ولا وجه لشيء من التفصيلات المذكوره في بعض الكتب.

وإن كان معتقداً بصحة البيع ويسلم الشيء لكونه ملكاً للمشتري،

فلا يخلو المشتري من احدى ثلاث حالات:

فإن كان عالماً بالفساد، لم يجز له الأخذ، لصدق التصرف في مال الغير بلا إذن منه، لأن تسليمه - أى تسليم البائع - لم يكن إذناً في التصرف في ماله، بل كان تسليمًا لمال المشتري إليه، ويكون المشتري العالم بالفساد حينئذٍ غاصباً، والغاصب يؤخذ بأشد الأحوال.

ولو تنازعا، فقال البائع المعتقد بالصحة للمشتري: خذ متاعك، وأعطني الثمن، فقال المشتري المعتقد للفساد: ليس هذا المتاع لى، فهل المورد من قبيل التداعى أو المدعى والمنكر؟

وإن كان شاكاً في الصحة والفساد، فكذلك، لأن الأصل عدم كونه ملكاً له فيكون أخذه غصباً.

وإن كان معتقداً بالصحة - كالبائع - فيكون تسليم البائع تسليمًا لمال الغير للغير، وتسلم المشتري تسلمًا لملك نفسه ولا يكون أخذه عدوانياً.

ولو زال الاعتقاد بالصحة، إمّا من كليهما أو من البائع وحده أو من المشتري كذلك، فما الحكم؟

وقبل الورود فى بيان الحكم نتعرض لما قاله شيخنا الاستاذ، ولنقدم له مقدمه:

إن القضايا على قسمين: منها حقيقته، وهى أن يتوجه الحكم إلى الكلى الطبيعى بضميمه صرف الوجود، ولازم ذلك أن تعم الأفراد الموجوده بالفعل والأفراد المقدره. وهذا هو تعريف القضيه الحقيقه عندنا، ونتيجه ذلك: أنه لو قال أكرم العالم، فاعتقد المكلف بأن زيدا عالم وأكرمه، ثم تبين

الخلاف، لم يكن ممثلاً، وكذا لو نذر إكرام العالم، وهكذا... وكذا الحال فى الأحكام الوضعيه، لأن كل قضيه حقيقته تخلف المصداق فيها عن الكلى، لم يتحقق به الامتثال، والأحكام الشرعيه كلها من هذا القبيل.

ومنها: خارجيه، وفيها تكون العناوين دواعى للتكليف، إذ الوجودات الخارجيه جزئيه، فلا يعترىها التقييد، لأنه عباره عن تضيق الدائره، ولا دائره للجزئى الموجود فى الخارج حتى يقبل التقييد.

فعلى هذا الأساس، قال شيخنا الاستاذ ما حاصله (١):

إنه إذا كان العقد فاسداً والبائع يعتقد صحته، فإن الداعى له لتسليم المال للمشتري هو اعتقاده بالصحة، والاعتقاد من العناوين، وقد ذكرنا أن تخلف العنوان فى الامور الخارجيه لا يوجب تبدل الحكم.

هذا حاصل ما أفاده.

لكن يمكن أن يقال: إن فيه تفصيلاً، لأنه إن كان يسلم المال الخارجى للمشتري معتقداً بكونه ملكاً له، ففى هذه الصوره لا يجوز للمشتري الأخذ والإمساك، وإن كان يسلمه إياه بعنوان أنه ملك لنفسه، ففى هذه الصوره يكون راضياً بأخذ المشتري وتصرفه، وللمشتري أخذه وإمساكه بلا إشكال.

وبعد:

فلو زال الاعتقاد بالصحة من كليهما واعتقداً بالفساد، كان على المشتري تسليم المبيع إذا طالب به البائع، وإلّا فلا مانع من إمساكه، لأن أخذه لم يكن عدوانياً والبائع غير مطالب به، نعم، ليس للمشتري أن يتصرف فيه

ص: ٢٥٨

لعلمه بفساد العقد ويكون الشيء ملكاً للغير، ولا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه.

والحاصل: إنه لا مانع من الإمساك، إذ الإمساك يحرم في صورتين، إحداهما: أن يكون أخذه عدوانياً والإمساك استمرار للعدوان، والآخر: أن يطالب البائع ويمتنع المشتري من رده.

وإن زال الاعتقاد بالصحة من أحدهما دون الآخر، كان المورد من قبيل التداعي، وبيان الحكم فيه بإيجاز هو:

إنه إن كان الملاك في المدعى والمنكر، أن المدعى هو من كان دعواه على خلاف الظاهر أو الأصل، فإن ظاهر الحال هنا أن كليهما قاصدان للإنشاء وواجدان لشرائط الصحة، كان مدعى الصحة هو المنكر والقائل بالفساد هو المدعى، وكذا الحال بناءً على أصالة الصحة في العقود.

وإن كان مورد النزاع هو ملكية المبيع والتمن، كان من التداعي، فإن كان العالم بالفساد هو المشتري كان النزاع في الثمن، وإن كان العالم بالفساد هو البائع، كان النزاع في المبيع، والحكم في التداعي هو التحالف.

هل يجب رد المقبوض إلى مالكه

وأما الرابع، فقد ذكر الشيخ أنه يحرم إمساكه فيجب رده، أما نحن، فقد اخترنا عدم حرمه الإمساك إلهي صورتين، فيجب الرد فيهما دون غيرهما.

وبناءً على حرمه الإمساك، فما الدليل على وجوب الرد؟

يمكن تقريب ذلك: بأنه إذا كان الإمساك حراماً، فإن مقدمته ترك الرد،

ومقدمه الحرام حرام، فيجب الردّ.

أو يقال: إذا حرم الإمساك وجب تركه، والردّ مقدمه للترك، ومقدمه الواجب واجبه، فيجب الردّ.

أقول:

الأحكام الشرعيه كلّها بسائط، فليس الشيء الحرام شرعاً واجب الترك شرعاً أو بالعكس، بأنّ ينحلّ كلّ حكم إلى حكمين، نعم، الحكم الثانى عقلى، من باب نهيه عن المعصيه.

وعليه، فإذا فرض كون الإمساك حراماً، لم يكن تركه - أى إرجاع الشيء وردّه إلى مالكه - واجباً.

وأيضاً، ليس مقدمه الحرام حراماً إلّا الجزء الأخير من العله التامه، بخلاف الواجب، فإن جميع مقدماته واجبه، لعدم تحقّق ذى المقدمه بتخلّف واحدٍ منها.

فالقول: بأن ترك الإرجاع مقدمه للإمساك فيكون حراماً، باطل.

ثالثاً: ترك الضدّ لا يكون مقدمه للضدّ الآخر.

وتحصّل سقوط التقريبين، وإن كان الثانى أجود من الأوّل الذى ذكره بعض الأكابر.

وللميرزا الاستاذ بيان آخر لوجوب الردّ، قال رحمه الله:

إن مفاد «على اليد» فى دليل قاعده اليد ليس الحكم التكليفى نظير «عليه الإعاده» و«عليه الوضوء» وأمثال ذلك، لأنّ مدخول «على» إن كان فعلاً من

الأفعال كما ذكرنا، وكما فى الآيه المباركه «وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ» (١) دلّ على وجوب ذلك الفعل، وأمّا إن كان أمراً خارجياً، كالمأخوذ فى «على اليد ما أخذت» و«عليه الدين»، دلّ على الاستقرار فى الذمه، فالحديث المذكور دالّ على الضمان بالمطابقه، وهو يدلّ بالالتزام على وجوب الردّ.

فدلّت قاعده اليد على وجوب الردّ، بقطع النظر عن البحث السندى فيها.

وفيه:

تاره: الغايه توجب تعنون الموضوع وتحدّده بحدّ، كقوله: «كلّ شىء طاهر حتى تعلم أنه قدر» فإنه يعنى: كلّ شىء لا تعلم قذارته فهو طاهر حتى تعلم قذارته. واخرى: الغايه مؤكده للحكم واستمراره، كقوله تعالى «وَاعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّىٰ يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ» (٢) فعباده الربّ غير منقطعه ولا- آنأماً ومستمره حتى الموت. وثالثه: الغايه رافعه للحكم، كقولنا: «العصير العنبى حرام حتى يذهب ثلثاه» فذهب الثلثين رافع للحرمه فيه.

وحديث قاعده اليد من القبيل الثانى، يدلّ على استمرار الضمان وثبوتها حتى يحصل الأداء والردّ، فأين الدلاله الالتزاميه؟

والحاصل: إنّ الضمان لا يدلّ على وجوب الأداء، كما لا يدلّ قولك:

«أنت فى حماى حتى تسافر» على وجوب السفر.

ص: ٢٤١

١-١) سوره آل عمران: ٩٧

٢-٢) سوره الحجر: ٩٩

فما ذكره لا يمكن المساعدة عليه (١).

ص: ٢٦٢

نعم، فى صورته اعتقاد البائع بصحة العقد والمشتري عالم بفساده، وكان تسليم البائع للشيء بعنوان أنه يؤدى الملك إلى صاحبه، يكون أخذ المشتري غضباً والإمساك استمرار للغضب، والعقل حاكم حينئذٍ بوجوب الرد.

على من تكون مؤونه الردّ؟

وأما الخامسة، فقد قال الشيخ:

بل صرح فى التذكرة (١) - كما عن جامع المقاصد (٢) - أن مؤونه الردّ على المشتري، لوجوب ما لا يتم الردّ إلّابيه. وإطلاقه يشمل ما لو كان فى رده مؤونه كثيره، إلّا أن يقتيد بغيرها بأدله نفي الضرر.

ص: ٢٤٣

١-١) التذكرة ١ / ٤٩٥

٢-٢) جامع المقاصد ٤ / ٤٣٥

أقول:

إنه في كلِّ موردٍ وجب فيه ردُّ المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة وتوقف الرد على بذل المؤونه، فهل على الآخذ بذلها؟ فيه أربعة وجوه أو أقوال:

الأول: وجوب تحمّل المؤونه على المشتري مطلقاً.

والثاني: عدم وجوب تحمّلها عليه مطلقاً.

والثالث: التفصيل بين المؤونه الكثيره وغير الكثيره. وعليه الشيخ.

والرابع: التفصيل بين كونها من اللوازم العاديه فتجب عليه، وغير العاديه فلا تجب. وعليه المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ.

والعمده في المقام: قاعده لا ضرر، فنقول:

إنّ من الأحكام ما يترتب دائماً على الأمر الضرري، كوجوب الزكاه والخمس مثلاً، أو هو في معرض الضرر، كوجوب الجهاد، ففي هذه الأحكام لا حكمه للقاعده، لأنه يلزم من حكومتها لغويّه تلك الأحكام كما لا يخفى.

ومن الأحكام ما يتوقف ترتبه على الموضوع على مقدمات مستلزمه غالباً لبذل المؤونه، كما في امتثال الحكم بالحج أو أيّ سفرٍ واجب، ولا لحكومته للقاعده هنا كذلك، للزوم تخصيص الأكثر المستهجن. بل ربما يكون الحكم كذلك في صورته التساوي بين موارد لزوم المؤونه وموارد عدم لزومها، للزوم الاستهجان في هذه الصوره أيضاً.

وكان الميرزا الاستاذ يصرّح بأنه إذا وجب الردّ، وكان بذل المؤونه

مقدمه له، - ومورد المعاملات غالباً هي الأمتعه المستلزم حملها وإيصالها إلى المالك استيجار أو استخدام الوسيله الموصله إليه - وجب عليه تحمّل المؤونه، ولا يرتفع الحكم بدليل لا ضرر. نعم، لو لم تحصل الوسيله إلّا بأجره زائده على المتعارف أو استلزم الردّ الضرر في بعض الموارد النادره أكثر من المؤونه المتعارفه، جرت القاعده.

وهذا واضح على مبناه في قاعده لا ضرر - تبعاً للشيخ - من أنّ مفادها نفى الحكم الضرري، وكذا على مبنى المحقق الخراساني - وهو المختار - من أنها تنفي الموضوع الضرري نفياً تشريعياً على التعبير الصحيح.

أمّا على الأوّل، فالضرر عبارته عن الخساره، وسببها فعل المكلف وعمله الخارجي، والحكم الشرعي معدّ للخساره، وحيث أنّ العمل الخارجي لا يقبل النفي، فقد نفى الحكم بلسان نفى الموضوع، ولما كان منطوق الحديث نفى الخساره، فإنّ نفي السبب من نفى الخساره، وإرادته نفى الحكم من نفى السبب بعيد جداً.

مضافاً إلى روايه الشيخ الصدوق من أنه قال صلّى الله عليه وآله:

«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (1). فالمراد نفى الحكم الضرري في الشرع، وضرريه الحكم تحقّق بوقوع الخساره، سواء كان بنفس العمل أو بمقدماته.

وهذا تقريب مسلك الشيخ في القاعده، وعليه يتّم القول بوجود تحمّل المشتري للمؤونه، لكون الردّ مستلزماً لها غالباً، لعدم جواز التمسك بالقاعده حينئذٍ للزوم تخصيص الأكثر المستهجن، إلّا أنّ تكون المؤونه

ص: ٢٦٥

زائدهً على المتعارف كما تقدم.

وأما على الثانى، فإنّ كلّ موضوع ضررى فحكمه مرتفع، لأنّ ثبوت الموضوع تشريعاً بثبوت حكمه وانتفاؤه تشريعاً بانتفاء حكمه، لأنّ المولى عندما يريد الشىء فى مقام التشريع، يكون وجود الشىء مع إرادته له وجوداً واحداً، فالحكم المنشأ على موضوع يتحد معه فى مقام التشريع، ونفى الموضوع تشريعاً عين نفي الحكم، فعدم الموضوع تشريعاً عبارته عن عدم حكمه، وعليه، ففى موارد عدم كون الموضوع فى نفسه ضررياً يكون لا- ضرر حاكماً، كما فى الوضوء والغسل والصوم مثلاً، وأما إن كانت مقدماته ضرريّة، فبأى دليل تنفى المقدمات؟

وعلى الجملة، فإن الحكم - وهو الردّ - ليس بضررى، والضررى هو المقدمات والمفروض عدم توجه النفي إليها، فلا دليل على نفي وجوب تحمّل مؤونه المقدمات، بل عليه تحمّلها كلّها.

التحقيق فى المقام

والتحقيق أن يقال:

إنه إن كان المشتري عند أخذ المبيع عالماً بالفساد، كان أخذه غضباً وعدواناً، وكان بقاء المأخوذ فى يده استمراراً للمعصية، والعقل مستقل بالتخلّص من المعصية، وهو لا يحصل إلّا برّد المقبوض إلى مالكه، والمؤونه عليه، قليلة كانت أو كثيرة، متعارفة أو غير متعارفه، لعدم المجال لقاعده لا ضرر فى موارد الحكم العقلى، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وأيضاً، فإنّ قاعده لا ضرر امتنانيه، والغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال.

ص: ٢٦٦

وأيضاً، فإنها لا تجرى في مورد الإقدام، والمفروض إقدام الآخذ على الضرر.

وأما إن لم يكن الآخذ على وجه الغضب، وقلنا بوجوب الرد، لما ذكره الشيخ، أو لقوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (١) أو الخبر في اللَّقْطَة، كقوله عليه السلام: «إذا عرف صاحبه رده عليه» (٢) وقوله عليه السلام في الهبة: «أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها» (٣). فإن لم يكن الرد محتاجاً غالباً إلى المؤونه وإنما يحتاج إليها في بعض الأحوال والأفراد، أمكن التمسك بالقاعده، وإن كان مما يحتاج إلى بذل المؤونه غالباً، فلا يتمسك بالقاعده على المسلكين كما عرفت.

اللهم إلاً أن يقال - على الثاني - بأنه لما تكون المؤونه للمقدمات، والقاعده لا ترفع الوجوب الغيرى لها، فهي مرخص في تركها، فإن تركها يلازم الترخيص في ترك ذى المقدمه. إذن، يرجع الأمر إلى الغلبه.

لكن الكلام كله في الصغرى، فإن الإنصاف أنه ليست الغلبه في المعاملات مع الأمتعه المحتاج ردها إلى مؤونه.

تنبيه

إنه بعد أن كان المال باقياً على ملك البائع وعلى المشتري رده:

ص: ٢٦٧

١-١) سورة النساء: ٥٨

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦١، باب حكم صيد الطير، الرقم: ١

٣-٣) وسائل الشيعة ١٩ / ٢٣٣، الباب ٤ من أبواب الهبات، الرقم: ٦

فتارةً: يكون المبيع والبائع في بلدٍ واحدٍ، سواء كان بلد المعاملة أو غيره، ففي هذه الصورة يجب الردّ - على ما تقدّم - وعليه المؤونه كما عرفت.

واخرى: يكون البائع في بلد المعاملة والمبيع منقولاً إلى بلدٍ آخر. وفيها أيضاً يجب الردّ والمؤونه كذلك.

وثالثه: يكون المبيع في بلد المعاملة والبائع في بلدٍ آخر.

ورابعه: يكون المبيع منقولاً إلى بلدٍ آخر، والبائع في مكان آخر غيره.

فيقع الاشكال في وجوب تحمّل مؤونه الإيصال إلى البائع في الصورتين الأخيرتين، فنقول:

إن كان أخذه بنحو العدوان، فالإيصال واجب مطلقاً، وإلا فقاعده لا ضرر حاكمه فيهما، لندرتهما.

(١)

قال الشيخ:

إنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهها المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور... ويدلّ عليه عموم قوله: لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه، بناءً على صدق المال على المنفعه... خلافاً للوسيله، فنفي الضمان، محتجاً بأنّ الخراج بالضمان، كما في النبوي المرسل.

أقول:

لو استوفى المشتري منفعه العين والبيع فاسد، كالدار سكنها والدابه ركبها... وغير ذلك، فهل يكون ضامناً؟ المشهور هو الضمان، وعليه دفع قيمه. و عن ابن حمزه التصريح بعدم الضمان إن كانا جاهلين بالفساد، مستدلاً بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: الخراج بالضمان، وهذه عبارته:

«فإذا باع أحدٌ بيعاً فاسداً وانتفع به المبتاع ولم يعلموا بفساده، ثم عرفا واستردّ البائع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إن حملت الأم عنده، لأنه لو تلف لكان من ماله، والخراج بالضمان (٢)».

ص: ٢٦٩

١-١) وهو الثالث في كتاب المكاسب

٢-٢) الوسيله إلى نيل الفضيله: ٢٥٥

وفى المبسوط: فصلٌ فى أنّ الخراج بالضمان، إذا كان لرجل مال فيه عيب، فأراد بيعه وجب أن يبين للمشتري عيبه... فإن لم يبينه واشتراه إنسانٌ فوجد به عيباً، كان المشتري بالخيار... وإن كان حصل نماء وفائده... فلا يخلو من أن يكون كسباً من جهته أو نتاجاً وثمره، فإن كان كسباً... فإنه يردّ المعيب ولا يرد الكسب بلا خلاف، لقوله صلى الله عليه وآله: الخراج بالضمان... .

قال: الخراج بالضمان معناه: أن الخراج لمن يكون المال بتلف من ملكه، ولما كان المبيع بتلف من ملك المشتري لأن الضمان انتقل إليه بالقبض، كان الخراج له، فأما التناج والثمره فإنهما أيضاً للمشتري...» (١).

فالذى يظهر من الكلمات: أن «الخراج بالضمان» قاعده كانت متداوله بين الفقهاء، ولذا قال فخر المحققين: إن هذا الحديث من جوامع الكلم.

وقال الميرزا الاستاذ بوثوق صدور هذه القضيّه عن النبي صلى الله عليه وآله، ولا ينبغي الخدشه فى سندها (٢).

فى معنى الحديث: الخراج بالضمان

إنما الكلام فى معنى هذا الحديث، ففیه احتمالات:

منها: ما ذكره المحقق الخراسانى، بجعل الخراج بالمعنى المصطلح عليه شرعاً، وهو ما يضعه الوالى على الأراضى المفتوحه عنوه، قال:

ص: ٢٧٠

١-١) المبسوط فى فقه الاماميه ٢ / ١٢٦

٢-٢) وأنظر: المكاسب والبيع ١ / ٣٣٠

لاحتمال أن يكون المراد به هو أن خراج الأرض كماً وكيفاً على من ضمنها إنما هو بحسب ضمانها (١).

وهذا بعيد جداً، بالنظر إلى الحديث في سنن ابن ماجه وأبي داود (١)، فالمعنى المذكور غير مطابق للحديث ولكلمات الفقهاء، كالشيخ وابن حمزه والعلامة وغيرهم (٢).

ومنها: إن «الخراج» بالمعنى اللغوى، و«الضمان» مصدر ضمن يضمن، يعنى: إن من ضمن الشيء على الحقيقة فله فوائده وعوائده، فيكون الحديث - على هذا - خاصاً بالمعاملة المعاوضيه الصحيحه.

وهذا هو الذى فهمه المشهور.

ومنها: إن الخراج بالمعنى اللغوى والضمان مصدر، ولكنه أعم من أن يكون ضماناً حقيقياً أو صورياً، فيشمل المعامله الفاسده، حيث أنه يضمن

ص: ٢٧١

١-١) حاشيه المكاسب: ٣٤

٢-٢) مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة ٥ / ١٨١، المهذب البارع فى شرح المختصر النافع ٢ / ٣٨١

الشيء فيها ولكن لا واقعته لذلك لفساد العقد.

فالخراج ملك للضامن بسبب ضمانه - سواء كان واقعياً أو صورياً - لا ثبات له في نفس الأمر.

وهذا ما فهمه صاحب الوسيله.

ومنها: أن يكون المعنى: أن الخراج بضمان ذلك الخراج، فمنفعه الدار المستأجره - وهى سكنها - بالضمان أى بالأجره، ومنفعه البستان المستأجره - وهى ثمارها - بالضمان أى بالأجره، ومنفعه الدابه المستأجره - وهى ركوبها - بالضمان، أى بالأجره... وهكذا، فالمراد من «الضمان» هو «العوض» لا «العين».

وهذا خلاف الظاهر.

ومنها: إن «الضمان» بالمعنى الاسم مصدرى، أى: كلما ضمن الإنسان شيئاً فمنافع ذلك الشيء له، فيشمل المال المغصوب أيضاً. كما هو فتوى أبى حنيفه، وسيأتى الخبر.

ومنها: ما ذكره البعض - ونسبه إلى شيخ الطائفه بالنظر إلى قوله: «لأنه لو تلف» - أن من ضمن شيئاً وتلف، فعليه دفع قيمته أو مثله.

لكن الظاهر أنه ليس مراد الشيخ، بل مراده: أن من أخذ الشيء بعوضٍ فتلف، كان تلفه فى ملكه، ولو كان معيباً سقط الخيار وله أخذ الأرش، وذلك لأنه قال: معناه أن الخراج... .

ص: ٢٧٢

أقول:

ومقتضى التأمل هو الأخذ بما فسّره به المشهور، فإنّ الضمان بالمعنى المصدرى ظاهر فى تحقق الضمان وحصوله واقعاً، وذلك يكون بإمضاء الشارع.

وعليه، ففي المعاملة التى ضمن فيها المشتري العين بالعوض المسمّى وأمضاها الشارع، تكون المنفعة للمشتري، لحصولها فى ملكه، إذ المنفعة تابعه للعين فى الملكيه، ولو وجب عليه الردّ بسبب خيارٍ من الخيارات، لم يرد المنفعة، لأنها كانت ملكاً له واستوفاه.

وعلى الجملة، فقد استدلّ شيخ الطائفة فى المبسوط والخلاف بما روى من أنّ «الخراج بالضمان» فى أكثر من موضع، ممّا يدلّ على أنّ هذه القاعده متداوله ومسلّم بها عند الفقهاء، إنما الكلام فى معناها، وهل تشمل ما نحن فيه أو تختص بموارد المعاملات المعاوضيه الصحيحه؟ قال ابن حمزه بشمولها لمورد المبيع بالبيع الفاسد، لكنّ الظاهر هو العدم، لأنّ «الخراج» هو الفوائد، و«الباء» إمّا للسبب أو للمقابل، فإنّ كانت للسبب فالسبب مقدّم على المسبب، وإنّ كانت للمقابل، فلا بدّ من فعلية المقابل، وعليه، فلا بدّ من فعلية الضمان وتحققه حتى يقال بأنّ الخراج بسببه أو بأزائه، وهذا منحصر بالمعامله الصحيحه، بخلاف الفاسده، إذ الضمان فيها تقديرى. و«الضمان» إذا كان معنىً مصدرياً، فإنه يجتمع مع وقوعه عن الاختيار وعدمه، فلا اختصاص له بالاختيار، لعدم كونه مدلولاً للمادّه ولا للهيئه، فالضرب - مثلاً - الواقع عن خطأ وإكراه وقهرٍ ضربٌ حقيقه.

ص: ٢٧٣

قال الشيخ:

وتفسيره أنّ من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه، فخراجه له، فالباء للسببيّه أو المقابله. فالمشترى لما أقدم... وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيره متفرقه مثل قوله... ونحوه فى الرهن وغيره.

أشار رحمه الله إلى الروايه التاليه:

عن إسحاق بن عمار قال: «حدّثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه وتكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك، على أن تشتري لى إن أنا جئتك بثمانها إلى سنه أن تردّ علىّ.

فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمانها إلى سنه ردّها عليه.

قلت: فإنها كانت فيها غلّه كثيره فأخذ الغلّه، لمن تكون الغلّه؟

فقال: الغلّه للمشترى، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله؟» (١).

وعن إسحاق بن عمّار عن أبى إبراهيم عليه السلام:

«عن الرجل يرهن العبد أو الثوب أو الحلّى أو متاع البيت، فيقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت فى حلّ من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم.

قال: هو له حلال إذا أحلّه، وما أحبّ أن يفعل.

قلت: فارتهن داراً لها غلّه، لمن الغلّه؟

قال: لصاحب الدار.

ص: ٢٧٤

قلت: فارتهن أرضاً بيضاء فقال صاحب الأرض: إزرعها لنفسك.

فقال: هو حلال، ليس هذا مثل هذا، يزرعها لنفسه بماله، فهو له حلال كما أحلّه، لأنه يزرعه بماله ويعمرها» (١).

ثم أشكل على هذا التفسير بقوله:

وفيه: إنَّ هذا الضَّمان ليس هو ممَّا أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بأزائه، وإنما هو أمر قهريّ حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسُّوم والمغصوب، فالمراد بالضمان الذي بأزائه الخراج: الترام الشيء على نفسه وتقبُّله له مع إمضاء الشارع له. وربما ينتقض ما ذكرناه في معنى الرواية بالعاريه المضمونه... فتأمل.

أقول:

لا يبعد أن يكون الأمر بالتأمل إشارةً إلى أنه في مورد الاستعارة - وإن قلنا بأنها ملك الانتفاع لا المنفعة - فالرواية قالت: الخراج للضمان، ولم تقل الخراج للضامن، أى: الخراج لا يحتاج إلى البدل، فيعمّ العاريه المضمونه، فلا يجب دفع البدل عن المنافع التي ينتفع بها، فالنقض غير وارد.

أو أن المراد - كما قال السيّد رحمه الله (٢) - هو أنّ المنافع للمستعير، غير أنها المنافع التي عينها المالك، بخلاف الإجاره، إذ للمستأجر أن ينتفع من العين المستأجره مطلق المنفعه.

ص: ٢٧٥

١- ١) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٩٢ - ٣٩٣، باب جواز انتفاع المرتهن من الرهن بإذن الراهن، الرّقم: ١

٢- ٢) حاشيه المكاسب ١ / ٤٦٦

قال الشيخ:

وربما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقه... .

أقول:

وهذه نصوص الروايات:

عن زراره قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إنَّ أباهم يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيئه.

قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها» (١).

ومثله روايه اخرى عن زراره: «قلت لأبي جعفر: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ الرجل فيقيم البيئه على أنها جاريته لم تبع ولم توهب. فقال: يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع» قال: كان معناه قيمه الولد».

وعن جميل بن درّاج عن أبي عبدالله: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ مستحق الجارية. قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمه الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمه الولد التي اخذت منه» (٢).

وهذه الروايه موردها البيع الفاسد، وقد حكم الشارع بالضمان.

ص: ٢٧٦

١-١) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٠٤ - ٢٠٥، باب حكم ما لو بيعت الأمه بغير إذن سيدها، الرّقم: ٤

٢-٢) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الرّقم: ٥

وأجاب الشيخ قائلاً:

وفيه: أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بأزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير.

أى: إنه بتسليم العين قد سلم جميع المنافع، والبحث في مثل هذا المورد وليس الحال في الرواية كذلك، فلا يتم بها الرد على ابن حمزه.

والحاصل: إن هذا الحديث - على تقدير اعتباره بعمل الأصحاب به - يحتاج إلى تقدير حتى يتم معناه وذلك: إن ملك الخراج بسبب الضمان، فالبراء للسبب، والضمان فعلى لا تقديري، وذلك يكون على الحقيقي، وهذا ليس إلفي المعاملة الصحيحه.

فالضمان معاملي، لكن الضمان الحقيقي المتحقق بالفعل، وذلك لا يكون إلفي المعاملة الصحيحه، فالحديث أجنبي عن البحث، والحق مع المشهور في القول بثبوت الضمان.

ولو تنزلنا، وقلنا بعموم الحديث لضمان الغرامه، فهو مخصص بالأدله.

دليل المشهور

وأما المشهور، فقد استدلل الشيخ لقولهم بعموم النبوي: لا يحل... بناء على صدق المال على المنفعه.

ولكننا قلنا أن كلمه «عن» للتجاوز، أى الحليه الناشئه عن طيب النفس، وهذه هى الحليه الوضعيه لا التكليفيه.

ص: ٢٧٧

أما في الحديث الذي ذكرناه سابقاً: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبه نفسه» فالحل فيه تكليفه على ما تقدم.

وعلى كل تقدير، فمراد الشيخ من الاستدلال هنا هو: أنه لولا طيب النفس من صاحب المال فهو باق على ملكه، وحينئذ يكون صغرى لكبرى قاعده: من أ تلف مال الغير فهو له ضامن، وبهذا الترتيب يتم قول المشهور بالضمان، لأن طيب النفس مفقود فالملك باق على ملك صاحبه، ومنافعه كذلك بتبعه، وقد أ تلفها المشتري، فهو لها ضامن.

وهذا هو استدلالنا(١).

واستدل بعض الأكابر(٢) بقاعده على اليد، وكيفيه الاستدلال بتقريبين منا:

ص: ٢٧٨

أحدهما: بالدلالة المطابقيه، فإن «ما» الموصوله شامله للمنافع، ومفاد «على اليد» هو «الضمان» و«الأخذ» هو «التناول» وهو يعم الامور المعنويه، مثل قوله تعالى «لَا تَأْخُذْهُ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ» (١) و«أَخَذَتْهُ الْعِزَّةُ بِالْإِثْمِ» (٢) والمراد من «اليد» هو الاستيلاء كما فى قوله تعالى: «تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ» (٣) وقوله:

«بِيَدِهِ عُقْدَةُ النُّكَاحِ» (٤) ونحوهما، فعلى المتناول بالاستيلاء، أى المستولى ضمان ما استولى على عيناً كان أو منفعةً.

والثانى: بالدلالة الالتزاميه بعد التنزل عن الدلاله المطابقيه بأن يقال: إنَّ ضمان العين يستلزم ضمان المنافع، وبعبارة اخرى: ضمان المنافع من آثار ضمان العين، بل إنَّ مائته العين بمنافعها.

ومقتضى الإنصاف عدم تماميه الاستدلال بكلا تقريبيه وذلك:

لأن الموصوله وإن شملت المنفعه، وقلنا بعموم «الأخذ» لغير الأعيان، وجعلنا «اليد» بمعنى الاستيلاء، لكن الغايه «حتى تؤدى» أى المأخوذ، وسواء

لصدق اليد على المنفعه بواسطه اليد على العين كما تقدم» (٥) لكن صريح غيره كالمحقق الإصفهاني والمحقق الإيروانى والمحقق الخوئى عدم تماميه الاستدلال بقاعده اليد فى المقام.

ص: ٢٧٩

١-١ (١) سورة البقره: ٢٥٥

٢-٢ (٢) سورة البقره: ٢٠٦

٣-٣ (٣) سورة الملك: ١

٤-٤ (٤) سورة البقره: ٢٣٧

٥-٥ (٥) المكاسب والبيع ١ / ٣٢٩

كانت «حتى» دالّة على الاستمرار إلى مجئ الغايه، كما في قوله تعالى «سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطَلَعِ الْفَجْرِ» فالضمان مستمر حتى يتحقق الأداء، أو كانت رافعةً لحكم المعنى كما في «العصير العنبى إذا غلا- يحرم حتى يذهب ثلثاه» فإن هذه الغايه لا تنطبق إلا على العين، لأن الرّكوب والسكنى ونحوهما من المنفعة لا تقبل الأداء.

إن قلت: إذا كانت المنفعة غير قابله للأداء فهي داخله فى المعنى، نظير «كلّ شيء لك طاهر حتى تعلم أنه قدر» فما لم تعلم بقدارته فهو طاهر، وعليه فما لم يؤد فهو مضمون، فالمنافع مضمونه.

قلت: عدم الأداء عدم الملكة لا سالبه بانتفاء الموضوع، على أن جعل «حتى» هنا بمعناها فى الروايه غير صحيح، فهي للاستمرار أو لرافعيه الحكم، وعلى كلا التقديرين، تكون القاعده مختصّة بالأعيان الخارجيه.

ولنا جواب عن التقريب الثانى بوجه آخر وهو:

إننا نسلّم أن المنفعة مقومه لماليه العين ولولاها فلا- ماليه لها، وأن ضمان العين فى الحقيقه ضمانٌ لماليتها، فالمنافع مضمونه، ولكن هل المنفعة واسطه للعروض أو للثبوت؟ فلما نقول: العين مالٌ، هل وجود المنفعة واسطه لثبوت المالىه للعين أو أنها واسطه لعروضها عليها؟

ولكنّ الجواب: هل المنافع المقومه لماليه العين واسطه فى الثبوت، فالعين تكون مالاً بسبب المنافع، أو فى العروض فلما نقول العين مال فالمعنى: منافعها مال؟

إن كان الثانى، كان قولنا: الدار مالٌ، الدابّه مال... وأمثال ذلك كلّه، مجازاً،

لأن الإسناد في الواسطه في العروض مجازى دائماً.

فالصحيح هو الأول، أى: إنَّ المنافع تكون سبباً لماليه العين، وعلى هذا، فلا معنى حينئذٍ لإسناد الضمان إلى المنافع.

فالحق: هو الاستدلال بقاعده الإلتلاف كما ذكرنا(١).

ولكن مقتضى النظر الدقيق أن يقال: بأنَّ البائع حين تسليمه العين إنَّ عالماً بفساد العقد، كان مسلماً لملكه للغير فهو راضٍ بتصرفات الغير فيها ومنها استيفاء المنافع، وإنَّ كان جاهلاً بالفساد - وهو يسلم العين معتقداً بكونها ملكاً للمشتري - كان المشتري ضامناً للمنافع إنَّ استوفاهها، ويشهد بذلك ما في ذيل صحيحه أبي ولما، من قوله: «إني كنت أعطيته...» فقال عليه السلام: «إنما رضى... ولكنَّ إرجع إليه وأخبره بما أفتيتك به، فإنَّ جعلك في حلٍّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك...» (١).

فالحاصل: إنَّ الاستدلال للضمان في المنافع المستوفاه من باب

ص: ٢٨١

١-١) وسائل الشيعة ١٩ / ١١٩، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الرِّقم: ١

الإتلاف هو الصحيح، وذلك إن كان المالك جاهلاً بفساد البيع.

هذا كله في المنافع المستوفاه.

حكم المنافع الفائته بغير استيفاء

قال الشيخ:

وأما المنفعة الفائته بغير استيفاء، فالمشهور فيها أيضاً الضمان... ولعله لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضه في يده... مضافاً إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم....

أقول:

لو استأجر الدار مثلاً بعقدٍ فاسد ولم يسكنها مدّة، فهل يضمن مثل أجره تلك المدّة؟ ذكر الشيخ خمساً أقوال:

الأول: الضمان مطلقاً، وكأنه للمشهور.

والثاني: عدم الضمان مطلقاً، وهو لفخر المحققين (١).

والثالث: الضمان في صورته الجهل وعدمه في صورته العلم، كما عن بعض شروح الشرائع (٢).

والرابع: التوقف في صورته العلم بالفساد والضمان في صورته الجهل، كما استظهره جامع المقاصد والسيد العميد (٣) من عبارته القواعد (٤).

ص: ٢٨٢

١-١) ايضاح الفوائد ٢ / ١٩٤

٢-٢) كتاب المكاسب ٣ / ٢٠٦

٣-٣) جامع المقاصد ٦ / ٣٢٤ - ٣٢٥، كنز الفوائد ١ / ٦٧٦

٤-٤) قواعد الأحكام ١ / ٢٠٨

والخامس: التوقف مطلقاً، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك... (١).

والشيخ قال أولاً: التوقف أقرب إلى الإنصاف، ثم قال في آخر كلامه:

القول بالضمان لا يخلو عن قوه... .

أدلة الضمان

استدل للمشهور:

أولاً: بقاعده اليد، وحاصله: إن المنافع أموال، وهي مقبوضه في يد من بيده العين بتبعها، قال: ولذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل في ضمان المستأجر.

قال: ويتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجعول سكنها ثمناً.

فاليد على المنفعة تتحقق باليد على العين.

فالضمان ثابت فيها بقاعده اليد.

وثانياً: بقاعده احترام مال المسلم، المستفاده من النصوص المذكور بعضها في البحوث السابقه، كقوله صلى الله عليه وآله:

«فإن دمائكم وأموالكم حرام...» (٢).

وقوله صلى الله عليه وآله:

«يا أباذر، سباب المسلم فسوق وقتاله كفر... وحرمة ماله

ص: ٢٨٣

١- (١) المسالك ٣ / ١٥٤، الدروس ٣ / ١٩٤، التنقيح الرائع ٢ / ٣٢

٢- (٢) بحار الأنوار ٢١ / ٤٠٥

كحرمة دمه» (١).

وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ:

«... وحرمة ماله كحرمة دمه» (٢).

قال الشيخ في الجواب:

ولكن يشكل الحكم - بعد تسليم كون المنافع أموالاً - حقيقةً - بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلّا أن يندرج في عموم على اليد... .

أقول:

حاصله - بعد الإشكال في صدق عنوان المال حقيقةً على المنفعة - الإشكال في اندراج المنافع غير المستوفاه في عموم قاعده اليد، من جهة عدم شمول عنوان «الأخذ» للمنافع، قال:

وحصولها في اليد بقبض العين، لا- يوجب صدق الأخذ، ودعوى: أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان، مشكله.

فهو لا يوافق على جريان القاعده هنا، لأنّ «الأخذ» إنما يصدق مع الشيء الموجود في الخارج، وأما منفعه الدار - مثلاً - التي هي عباره عن حيثية قابليتها للسكنى، فأمر معنوي، والسكنى من الأعراض القائمه بالساكن ولا ربط لها بالدار، وكذا الركوب، فإنه من أعراض الراكب ولا ربط له بالدابّه المقبوضه في يد المشتري لها.

ص: ٢٨٤

١- ١) وسائل الشيعه ١٢ / ٢٨١، باب تحريم اغتياي المؤمن ولو كان صدقاً، الرقم: ٩

٢- ٢) نفس المصدر

وأجاب عن الدليل الثاني قائلاً:

وأما احترام مال المسلم، فإنما يقتضى عدم حلّ التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك في الإستيفاء.

أى: فكما لا يجوز إتلاف دم المسلم، كذلك لا يجوز إتلاف ماله، ولا ربط لهذه القاعده بالمنافع غير المستوفاه.

وأما الاستشهاد لقول المشهور بأن إقباض المنفعه بإقباض العين، ولذا يتحقق قبض المنفعه بقبض العين المستأجره، فتقريب جواب الشيخ عنه: أن الإجاره قد تعلقت هناك بالعين بمالها من قابليه الانتفاع، ولذا يقال آجرتك الدار ولا يقال آجرتك المنفعه، فالإقباض واقع بما وقع عليه العقد، وهو العين بمالها من حيثه قابليه الانتفاع.

والحاصل: إن تلك الموارد لا تشهد بوقوع المنافع تحت اليد.

أقول:

ولكنّ التحقيق:

أما في قاعده اليد، فالإشكال ليس من جهة «اليد» و«ما» و«الأخذ»، فإن ذلك كلّه يشمل المنافع، بل الإشكال الوارد من جهة الغايه، لأن قوله «حتى تؤدي» بمعنى: حتى ترجع، وهو صادق في الأعيان الخارجيه دون المنافع، فالحديث غير شاملٍ لها من هذه الناحيه.

وأما في قاعده الإيترام، فما ذكره وإن كان متيناً إلمانه لم يتضح أن يكون ذلك هو المراد، إذ لا يبعد أن يكون المراد من «حرمه مال المسلم كحرمه دمه» أن العقاب الشديد المترتب على قتله بغير حق، يترتب كذلك على

ص: ٢٨٥

إتلاف ماله، لا أن عليه إن أتلف دفع البدل، أو أنه لكونه دم المسلم أو ماله محترماً، فالرواية ناظره إلى حيثية المساواة بين ماله ودمه في ترتب العقاب، لا إلى وجوب دفع البدل إن أتلف.

وعلى الجملة، فالقاعده غير دالّة على فتوى المشهور.

ثم إن الميرزا الاستاذ قدس سرّه استدلل للضمان هنا بقاعده الإتلاف، بأن المشتري وإن لم يستوف المنافع فقد أتلفها على البائع، فإطلاق القاعده يشمل ما نحن فيه.

وفيه:

أولاً: إن «الإتلاف» هو إعدام الشيء الموجود، فلا- يصدق على مورد البحث، نعم، المشتري قد منع البائع من الانتفاع، وهذه معصيه بلا إشكال ولكنّه غير الضمان.

وثانياً: إن عبارته «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» ليست بلفظ صادر عن المعصوم، وإنما هي قاعده متّخذة من الحكم بالضمان في موارد معيّنه، فالتعدّي عن تلك الموارد ودعوى الاطلاق في القاعده غير صحيح (١).

ص: ٢٨٤

منافع المغصوب الفائته، مع قوله في باب البيع: إنّ الفاسد عند أصحابنا بمنزله للشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه
(١).

وعلى هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوه... .

ص: ٢٨٩

١-١) السرائر ٢ / ٤٧٩ و ٣٢٦

أقول:

قد يمكن الاستدلال للضمان بقاعده الحيلولة، فإنها تجرى تارةً: في الحيلولة بين المالك وملكه، واخرى: في الحيلولة دون انتفاعه بملكه، وثالثه: بين العين وماليتها، ورابعة: بين العين وإضافتها إلى المالك.

ولنذكر نصوص بعض الروايات:

عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه. فقال:

إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرتة، فقال:

يقوم قيمةً فيجعل على الذي أعتقه عقوبه، وإنما جعل ذلك عليه لما أفسده» (١).

ص: ٢٩٠

١-١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرقم: ١

وعنه عن أبي عبد الله عليه السلام: «في جاريه كانت بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه. قال: إن كان موسراً كلف أن يضمن، فإن كان معسراً خدمت بالحصص» (١).

دلّت على أن إعدام ماله الشيء موجب للضمان.

وعن سماعة قال: «سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق أحدهم نصيبه. فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمة ويضمن الثمن الذي أعتقه لأنه أفسده على أصحابه» (٢).

وهذه صريحه في المقصود.

و عن سدير عن أبي جعفر عليه السلام: «في الرجل يأتي البهيمه. قال:

يجلد دون الحدّ ويغرم قيمه البهيمه لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، وتذبح وتحرق إن كانت ممّا يؤكل لحمه، وإن كانت ممّا يركب ظهره غرم قيمتها وجلد دون الحدّ...» (٣).

دلّت على الضمان بسقوط الحيوان عن الماله، أو بسقوط إضافتها إلى صاحبها.

وعن أحدهما قال: «في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا، وإن لم يكن قضى طرح شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً» (٤).

ص: ٢٩١

١-١) وسائل الشيعه ٢٣ / ٣٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ٧

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٣ / ٣٨، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ٥

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٨ / ٣٥٨، الباب ١ من أبواب نكاح البهائم، الرّقم: ٤

٤-٤) وسائل الشيعه ٢٧ / ٣٢٦، الباب ١٠ من أبواب كتاب الشهادات، الرّقم: ١

دلت على الضمان لكونهم السبب في انقطاع إضافه المال إلى مالكة.

فنحن نستفيد من هذه النصوص أن إسقاط المال عن المائيه أو التسبب إلى انقطاع إضافته إلى مالكة، موجب للضمان، وما نحن فيه كذلك، اللهم إلا أن يكون المالك عالماً بالفساد، فلا ضمان حينئذٍ.

أدلة عدم الضمان

قال الشيخ:

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح، أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر، موافق للأصل السليم. مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده له... مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجارية المسروقه... (١) وكذا صحيحه محمد بن قيس... (٢).

أقول:

أما الأصل، فواضح.

وأما الاستدلال بقاعده ما لا يضمن... فكأن الشيخ أيضاً لا يرتضيه، ضروره أن القاعده إنما يستدل بها في وقوع عقد من العقود على شيء، فإن كان العقد مما لا يضمن بصحيحه ففساده كذلك، والمنافع لا يقع عليها العقد، فلا وجه للاستدلال بالقاعده في موردها أصلاً.

ص: ٢٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ / ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الرقم: ٥

١- (٢) نفس المصدر، الرقم: ١

فتلخص مما ذكرنا:

أن الاستدلال بقاعده الاتلاف لضمان المنافع غير المستوفاه لا يتم، لأنها موجوده بالقوه وغير متلفه، وانتفاع المالك غير متحقق حتى يتلف، فهو سالبه بانتفاع الموضوع.

نعم، الذى تحقق إتلافه هو ماله المنفعه، فللبائع بدل الحيلوله بالنسبه إلى تلك المدّه التى حال المشتري دون ماله المنفعه فيها، فيضمن بدل ماله الشهر أو الشهرين والسنه أو السنتين.

ولا- يقال: إن المنفعه موجوده بالقوه، وهى عباره عن حيثه قابليه العين للانتفاع بها، وهى حقيقه واحده بسيطه، فكيف تضاف إلى الشهر والشهرين وهكذا؟

لأنها وإن كانت حقيقه واحده بسيطه إلا أنها تتكثّر بالإضافات، يقال:

منفعه يوم، أو شهر، أو سنه، وهكذا، فكل أمر بسيط يتخصّص ويتكثّر بتكثّر الإضافات، نظير النور، فيقال نور الغرفه ونور الشارع وهكذا، وهذا ما يعبر عنه اصطلاحاً بالوحده فى الكثره، حيث أنه واحد بالحقيقه وكثير بالعرض.

فظهر أنّ الصحيح ثبوت ضمان الإتلاف للماليه فى الزمان المعين، لكن على تفصيل، وذلك:

لأنّ المتعاملين إما عالمان بفساد العقد أو جاهلان به أو البائع عالم والمشتري جاهل أو بالعكس.

أمّا إن كانا عالمين أو كان البائع عالماً، فلا شبهه في عدم الضمان، لأنّ المفروض تسليم البائع ملكه للمشتري مع علمه بالفساد، فيكون إتلاف المائيه مستنداً إليه، سواء كان تسليمه من باب التشريع أو عدم المبالاه بالحكم الشرعى وهو فساد العقد.

وإن كانا جاهلين بالفساد ويعتقدان صحه العقد، فالإتلاف مستند إلى كليهما على حدّ سواء، غير أنه بالنسبه إلى البائع بالتسبب وبالنسبه إلى المشتري بالمباشره، وحينئذ يشك في ضمان المشتري والأصل العدم.

وإن كان البائع جاهلاً بالفساد و المشتري عالماً به، فكالصوره الثالثه، حتى لو كان تسليم البائع عن خطأ لا عن اعتقاد بصحه العقد، لأن نسبه الإتلاف إلى كليهما واحده على كل تقدير.

فما ذهب إليه المحقق الثانى من عدم الضمان مطلقاً هو المتعين من بين الأقوال بحسب القواعد.

ويؤيده ما فى صحيحه أبى ولاد الآتيه، إذ أنّ الإمام عليه السّلام لم يحكم عليه إلأبضمان الأجره من الكوفه إلى النيل ومنها إلى بغداد ومنها إلى الكوفه، مع أنه قد فوّت على المالك منافع كثيره فى تلك المدّه كما لا يخفى (١).

قال الشيخ:

إذا تلف المبيع، فإن كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف. إلّما يحكى عن ظاهر الإسكافى.

وقد اختلفت كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى....

أقول:

إذا تلف المبيع فى يد المشتري فالحكم هو الضمان على ما تقدّم، والكلام الآن فى البدل. يقول الشيخ إنه إن كان مثلياً وجب مثله وإن كان قيمياً وجبت قيمته.

فيقع البحث فى جهات:

الاولى: فى تعريف المثلى والقيمى، والأقوال فى ذلك.

والجبهه الثانيه: لو اختلف الحال باختلاف الأزمنه والأمكنه، بأن كان مثلياً فى مكان أو زمانٍ وقيماً فى آخر، فما هو الحكم؟

والجبهه الثالثه: لو وقع الشك فى شىء بنحو الشبهه الموضوعيه أنه مثلى أو قيمى، فما هو مقتضى القاعده، الاشتغال أو البراءه عن الزائد أو التخيير؟

ص: ٢٩٦

والجبهه الرابعه: هل الإجماعات المدّعاءه فى المسأله قائمه على الشبهات الحكميه حتى تكون مؤثره بناءً على حجّيتها أو على الشبهات الموضوعيه، والاجماع فيها بلا أثر؟

قال الشيخ: إن كان مثلياً وجب مثله، بلا خلاف إلّما يحكى عن ظاهر الإسكافى.

وهذه عبارته الإسكافى كما حكاها صاحب الجواهر (١):

إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضى صاحبه... .

ويحتمل أن يكون نظره إلى أنّ الشىء مرّكب من العيئيه والماليه، فإذا زالت العيئيه بقيت القيميه، فيكون المتلف ضامناً للقيمه، ولا يكون ضامناً للمثل لكونه وجوداً آخر مغايراً للتالف، نظير ما فى قاعده اليد من وجوب أداء ما أخذ، فلو تلف وجب عليه دفع ماليه التالف، وأمّا الفرد الآخر منه فلم يكن مأخوذاً.

لا تعرّض فى نصوص الضمان المثل

وقبل الورود فى الجهات نقول:

إن الموجود فى النصوص هو «الضمان» بألفاظه المختلفه، ولم نجد فى شىء منها تعرّضاً للمثل، وإنّما يوجد التعرّض للقيمه فى صحيحه أبى ولّاد وموارد قليله، وهذه طائفه من نصوص الضمان:

محمّد بن على بن الحسين قال: قال عليه السلام: «إذا استعيرت عاريه

ص: ٢٩٧

بغير إذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن» (١).

عن محمّد بن الحسن قال: «كتبت إلى أبي محمّد عليه السّلام، رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها في منزل جاره فضاقت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقّع عليه السّلام: هو ضامن لها إن شاء الله» (٢).

عن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام، عن رجل تكارى دابّه إلى مكان معلوم فنفتت الدّابه؟ قال: إن كان جاز الشّروط فهو ضامن، وإن دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن لأنّه لم يستوثق منها» (٣).

عن السّيكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام: «رفع إليه رجل استأجر رجلاً يصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمّنه أمير المؤمنين عليه السّلام» (٤).

عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام نحو ما تقدّم عنه، وزاد هنا:

«وأئما رجل تكارى دابّه فأخذتها الذّئبه فشقت كرشها فنفتت، فهو ضامن، إلّا أن يكون مسلماً عدلاً» (٥).

فمادّه الضمان وارده في نصوص كثيرة، وهى ملقاه إلى العرف، الذى

ص: ٢٩٨

-
- ١- ١) وسائل الشيعه ١٩ / ٩٧، الباب ٤ من أبواب الوديعة، الرّقم: ١
 - ٢- ٢) وسائل الشيعه ١٩ / ٨١، الباب ٥ من أبواب الوديعة، الرّقم: ١
 - ٣- ٣) وسائل الشيعه ١٩ / ١٢١، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الرّقم: ٣
 - ٤- ٤) وسائل الشيعه ١٩ / ١٤٤، الباب ٢٩ من أبواب الإجاره، الرّقم: ٩
 - ٥- ٥) وسائل الشيعه ١٩ / ١٥٦، الباب ٣٢ من أبواب الإجاره، الرّقم: ٣

هو المرجع في استظهار مفاهيم الألفاظ وتعيين معانيها، فتشخيص ما يجب على الضامن دفعه بدلاً عن التالف مثلاً- أو قيمه موكول إلى نظر العرف.

تعريف المثلى

قال الشيخ:

فالشَّيْخ... بل المشهور على ما حكى: إنه ما تساوت أجزاءه من حيث القيمة و... قد عُرِفَ المثلى بتعاريف آخر أعم من التعريف المتقدّم أو أخصّ... .

أقول:

قد اختلفت كلماتهم في تعريف المثلى، ولكنّها - كما قال المحقق الخراساني (١) - ليست بتعاريف حقيقيه حتى تنتقض طرداً أو عكساً، بل هي بيان للمفهوم العرفي.

فالمشهور - على ما حكى - إنه ما تساوت أجزاءه من حيث القيمة.

وقيل: ما تساوت قيمه أجزائه، كالحبوب والأدهان والتمور والأقطان... .

وقيل: ما لو امتزج مالان من شخصين، كانا مشتركين بالتساوي.

وقيل: ما تناسبت أجزاءه وتقاربت صفاته.

وقيل: هو المتساوي من حيث الأجزاء والمنفعه والمتقاربه صفاته.

وقيل: ما يباع بالكيل والوزن.

ثم يبيّن الشيخ المراد من «الأجزاء» و«التساوي» في تعريف

ص: ٢٩٩

والمراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقه. والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبه... ومن هنا رجح الشهيد الثانى كون المصوغ من النقدين قيمياً. قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته... .

فالمراد من الأجزاء هو المصاديق، والمراد من التساوى: أن تكون قيمه نصف الكلى نصف قيمته، فلو كان صبراً من الحنطه وزنها عشره أمان بقيمه مائه درهم، فقيمه الخمسه منها خمسون درهماً.

وربما قيل: ما تساوت أجزاءه، أى أبعاده، بمعنى أن تكون الأجزاء متساويه فى القيمة مع حفظ جهه الاتصال بينهما، بأن تكون قيمه كل نصف من الأجزاء المتصله معادلته لقيمه النصف الآخر مع التحفظ على الهيئه الاتصاليه بينهما، ومن هنا رجح الشهيد الثانى كون المصوغ من الذهب والفضه قيمياً، قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته (١).

التحقيق فى المقام

والذى يختلج بالبال فى تعريف التالف المثلئ أن يقال:

هو ما كان له مماثل فى الغالب فى جنسه ويتساوى معه فى مائتيه، فلو تساويا فى المائيه ولم يجتمعا تحت جامع لم يكونا مثلين كما لو تساوت مائيه المن من الحنطه مع ماله المن من اللحم. ولو كانا من جنس واحد وهما غير متساويين فى المائيه، كالحنطه الجيده والرديئه أو العقيق الكبير والصغير أو حنطه هذا البلد وذاك البلد، لم يكونا مثلين.

ص: ٣٠٠

فالمثلّى هو: ماله مماثل يندرج معه تحت جامع قريب ويساويه فى المائيه من جميع الجهات، بإضافه كلمه «من جميع الجهات» حتّى يعمّ الخصوصيات المذكوره.

وربما يشكل بالاختلاف الأزمانى، كما لو أتلّف الحطب فى الشتاء، فأراد دفع ما يساويه فى الأجزاء والمائيه فى الصيف، أو أتلّف الجليد فى الصيف وأراد دفع ما يساويه فى الشتاء، فلا بدّ من إضافه قيدٍ آخر، فكان المختار عندنا فى تعريف المثلّى هو:

ما كان له فى الغالب مماثل يندرج معه تحت جامع قريب ويساويه من جميع الجهات فعلاً.

هذا، وقد اختلفت كلماتهم فى المصاديق تبعاً لاختلافهم فى التعريف:

قال الشيخ:

ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب والفضّه غير المسكوكين... وكذا الحديد والنحاس... .

أقول:

أمّا الحنطه والشعير من الغلات الأربع فمئليّان، وأمّا التمر والزبيب فإن كان يابسين فكذلك، وإن كانا رطبين فقال بعضهم بكونهما قيميين، وكذا فى الدرهم والدينار اختلفوا على قولين، وفى المعادن التى تصنع منها الأشياء من الظروف ونحوها، قال جماعه بكونها قيميه وفضل بعضهم بين الاصول فقال بأنها مثليه وبين المصوغ منها فقال هى قيميه.

والصحيح: إن الظروف المصنوعه فى المعامل من المعادن وكذا الأدوات كالسكين والمقص ونحو ذلك، كلّها مثليه، بل كلّ شىء يصنع من

ص: ٣٠١

المواد بواسطة الآلات كالثياب وغيرها مثلى، ولا وجه لأن يكون قيمياً.

قال الشيخ:

والحاصل: إن موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّة فيها، كثيره، فلا بدّ من ملاحظه أنّ الأصل... .

أقول:

إنه لما لم يكن المثليّ مذكوراً في النصوص وكذا القيمي إلّاقليلاً، ولم ينعقد الإجماع على المثليّة في كثير من الموارد، فلا محاله يقع الشك وتصل النوبه إلى الأصل:

ف قيل: الأصل في الضمان المثل.

وقيل: الأصل في الضمان القيمه، وهو ظاهر ابن الجنيد، وقد قرّبناه سابقاً.

وقيل: يتخيّر المالك بين المثل والقيمه.

وقيل: يتخيّر الضامن.

وقيل غير ذلك.

وسياتى الكلام على الأقوال.

هذا، ومقتضى قاعده اليد - بناءً على تماميتها - هو ضمان المثل، لأنه إن كان للشئء التالف مثل فأذاه فقد أدى ما أخذ، لأنّ أداء مثل الشئء بمنزله أداء نفس الشئء وكأنه لم يتلف من المالك شئء، وعليه، فالأصل في الخروج عن العهده إعطاء المثل.

والحاصل: إنه لا خلاف بينهم في أنّ المثلى يضمن بالمثل والقيمي

ص: ٣٠٢

بالقيمه، فلو كانت هذه قاعدهً فقهيّه، لزم تعريف المثلى والقيمي، ولو أنّ اتّفاقهم على كون الحنظله مثليّه والحيوان قيميّاً كشف عن رأى المعصوم عليه السّلام أو روايه معتبره في مثليته هذا الشىء أو قيمته ذاك، كان الاهتمام بالتعريف أكد والدقه فيه ألزم.

ولكنّ لا كاشفيّه لمثل هذا الاتّفاق عن رأى المعصوم أو النصّ المعتبر أو القاعده الفقهيّه، فيكون أمر ضمان الأشياء من حيث المثليّه والقيميّه موكولاً- إلى نظر العرف، وقد حاول الفقهاء التعريف وتعيين ما هو مثلى أو قيميّ عرفاً، بلحاظ كونهم أجلاء أهل العرف، فما ثبت أنه عند العرف كذا فهو، وما شكّ فيه فالمرجع هو الأصل العملى.

هذا، وقد ذكرنا المختار عندنا في تعريف التالف المثلى، وأمّا كلّى المثلى فتعريفه: هو ما يندرج تحته أفراد متماثله متساويه الفائده، والظاهر رجوع تعريف المشهور إلى هذا الذى ذكرناه، لأن المراد من قولنا «متماثله» هو المماثله بقولٍ مطلق، بمعنى أنّ لا- يكون فى أحدهما امتياز وخصوصيه توجب فيه مزيد المرغوبيّه والماليّه العقلانيّه بالنسبه إلى الآخر، بأن يكونا متماثلين فى الصغر والكبر، والثقل والخفّه، واللينه والخشونه، والطعم واللّون وهكذا... وأمّا الخصوصيات الشخصيه فلا- يعقل التماثل بين الشئيين فيها كما لا يخفى.

وإذا كان هذا هو المراد، فلا يرد عليه ما ربما يقال:

إنه إنّ كان المراد من «ما» الموصوله فى: «ما تساوت أجزاءه...» هو النوع، فمن الواضح أنّ أفراد النوع - وهى أصنافه - غير متساويه فى القيمه، فالقول بأن المثلى هو النوع الذى تساوى من حيث القيمه مخالف للواقع،

وإن كان المراد: هو الصِّنف، فإنَّ أريد من «التساوى» التساوى الحقيقي، فإنَّ الواقع في الخارج ليس كذلك، وإنَّ أريد التساوى التقريبي، فإنه موجود في كثيرٍ من القيميات، كالقطعتين من الأرض والفردين من الحيوان وهكذا....

أو يقال - وهو للمحقق الأردبيلي - ونقله الشيخ وهو:

«إنه إنَّ أريد التساوى بالكليته، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، إذ ما من: شيء إلّا وأجزاؤه مختلفه في قيمه... وإنَّ أريد التساوى في الجملة، فهو في القيمي موجود أيضاً، مثل الأرض ونحوها» (١).

أو يقال: بانتقاض ما ذكر بأننا قد نجد التساوى في القيمه في الحيوانات.

وجه عدم الوجود هو: أننا قلنا في التعريف «ما كان له مثل في المماثل الغالبه». فالموارد النادره خارجه. هذا أولاً.

وثانياً: قد اعتبرنا التماثل بقولٍ مطلقٍ كما تقدّم.

وثالثاً: مرادنا من «الجامع» هو العنوان الخاص وإنَّ كان جامعاً انتزاعياً كما إذا كانت الحنطه ممّا تسقى سيقاً مثلاً... بأنَّ يدخل في الاعتبار كلّ خصوصيته لها دخلٌ في المائيه والمرغوبيه، ولذا قلنا يندرج تحت عنوان، أي وإنَّ كان انتزاعياً.

رأى المحقق النائيني

والميرزا الاستاذ يعتبر في المثلى أربعة امور:

أحدها: أن يكون مماثله موجوداً بكثره، فلو لم يكن للشيء مماثل لم يكن للقول بأنه يضمن بمثله معنى، ولو كان عزيز الوجود ولا يمكن

ص: ٣٠٤

تحصيله إلّا بأضعاف القيمة، لم يضمه لأنه ضرر منفي بالقاعده.

والثانى: أن لا يكون ممّا يعرضه الفساد ليومه أو تتغيّر أوصافه بالهواء، فالعنب والرطب مثلاً يفسد فى زمانٍ قليل، فلو اشترى عنباً جديداً بعقد فاسد فأتلفه، لم يجر إعطاء العنب الذى مرّت عليه أيام بدلاً عنه.

والثالث: أن يلازم التماثل فى الصّفات التساوى فى القيمة.

والرابع: أن يكون بالخلقه الأوّليه الإلهيه صوراً ومادّة، كالحنطه والشعير والحبوبات... فلا يكون من صنع الإنسان وإن كان أصله معدناً من المعادن، من غير فرقٍ بين أن يكون مصنوعاً باليد أو بالآلات الصناعيه.

وعلى هذا، فكلّ ما كان للإنسان دخلٌ فى صنعه فإنه يكون قيمياً لا مثلياً، إذ يمكن أن تكون مادّه الأوّليه لشخصٍ والهيئه لشخصٍ آخر، كالحنطه تكون لزيدٍ فيطحنها عمرو، أو القطن يكون لزيدٍ فينسجه بكر، فلمن يدفع البدل حتى يخرج من العهده؟
(1) أقول:

قد وقع الخلط فى كلامه بين الموضوع والحكم، لأنّ كلامنا الآن فى معرفه «المثلى»، وأمّا حكم المثلّى المشترك بين اثنين فخارج عن البحث. إن «المثلى» عبارته: عمّا يندرج مع مماثله تحت عنوانٍ واحدٍ وكانت المماثله بقولٍ مطلق، أى فى جميع الخصوصيات الدخيله فى الرّغبه، فالتعريف يشمل الأشياء المصنوعه، أمّا إذا كانت مشتركه - بأن كانت المادّه لشخصٍ والهيئه لآخر - فذاك لا يخرجّه عن التعريف، بل يتعلّق بالحكم، وهو غير ما نحن فيه.

ص: ٣٠٥

كما أنّ ما ذكره أوّلاً - من أنه يعتبر أن يكون الشيء كثير الوجود، فلو كان عزيزاً واستلزم أدائه الضرر فهو قيمى وليس بمثلّى، ليس فى محلّه، فإنّ عزّه الوجود لا يخرجّه عن المثلّيّه، نعم، هل يجب عليه تحصيله بأىّ ثمنٍ أوّلاً؟ فهذا حكمٌ آخر وليس الكلام فيه.

إذن، فالقيدان الأوّل والثّاني، يتعلّقان بما هو خارج عن البحث، فلا يعتبران فى تعريف المثلّى، وأمّا الثّانى والثّالث، فمذكوران فى تعريفنا.

والحاصل: إن المصنوعات اليدويه أو بالآلات، مثلّيّه، والدراهم والدنانير المسكوكات كذلك، والرطب والعنب مثليّان لأن أفراد كلّ منهما - حالكونها جديدهً سالمهً - تندرج تحت جامعٍ واحد، وأمّا حالكونها رديئهً غير مرغوبٍ فيها، فلها جامعٍ آخر.

فى مقتضى الأصل إذا شك فى المثلّيّه والقيميّه

وبالجملة، فإنّ الفقهاء لا يختلفون فى أنّ ضمان المثلّى بالمثل والقيمي بالقيمه، إنّما الكلام فى تطبيق هذا الكلّى على المصدق، فما تبين لنا كونه مثلياً أو قيميّاً فهو، وما لم يتبين فالمرجع فيه القواعد والاصول، وفى ذلك احتمالات:

الأوّل: إن الأصل فى كلّ تالفٍ شك فى مثليّته وقيميّته هو الضمان بالمثل، لأنّ الشىء المأخوذ يكون فى عهده الآخذ حتى يؤدّيه، فإذا تعذّر أداء الشىء وجب دفع ما يقاربه فى الجهات الشخصيه والماليه.

وبعبارة اخرى: إنّ أداء الشىء الرافع لضمّانه هو أدائه بشخصه ونوعه وجنسه وماليّته، فإذا تلف تعذّر أدائه بشخصه وأمّا ساير خصوصياته

فالمفروض هو قدره على أدائها، وذلك يتحقق بدفع المثل، إلّا إذا قام الإجماع في موردٍ على دفع القيمة.

والثاني: إذا شك في مثليه الشيء أو قيمته، فالأصل هو الضمان بالقيمة، لأنّ كلّ شيءٍ فله حيثه العيّه وحيثه المائيه، فإذا امتنع أداء الشيء بعينه بقى على العهده مائته ومع دفع القيمة يخرج الضامن عن العهده، إلّا ما ثبت بالإجماع وجوب دفع مثله.

ويؤيّدّه: ما جاء في النصوص من «يغرم قيمته» (١) و«يغرم ثمنه» (٢) ونحو ذلك، وعدم ورود الضمان بالمثل في شيء من النصوص.

والثالث: تخيير الضامن بدفع أيّهما شاء.

والرابع: تخيير المالك بإلزام الضامن بأيّهما شاء.

والخامس: أنّ يحضر الضامن المثل والقيمة معاً عند المالك، فإذا خلى بينه وبينهما خرج عن العهده، لكنّ ليس للمالك أخذ كليهما للعلم اجملاً. بأن أحدهما له والآخر للضامن، فهو لا يستحقّ إلّا أحدهما، وليس «الأحد» المرّد، ولا طريق للتعيين إلّا القرعه.

والسادس: إذا تصالحا فهو، وإلّا يرجع الأمر إلى الحاكم، فيتحقق الصلح القهري بينهما.

والسابع: التنصيف، نظير درهم الودعي، فيأتي الضامن بالمثل والقيمة، ويأخذ المالك النصف من كلّ منهما.

ص: ٣٠٧

١-١) وسائل الشيعه ٢٩ / ٩١، باب أن من قتل مملوكه فلا قصاص عليه، الرّقم: ١

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٩ / ٩٦، باب أن المملوك يقتل بالحر ولا يقتل الحر بالمملوك، الرّقم: ٣ و ٥

قال الشيخ:

ولا- يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن... والأقوى: تخيير المالك من أول الأمر... نعم، يمكن أن يقال... التخيير في الأداء... ولكن يمكن أن يقال... هو الضمان بالمثل....

أقول:

قد اختلف كلامه قدس سره، كما هو المشاهد من عباراته، ونحن نبين وجوه الأقوال ونتكلم عليها:

القول بتخيير الضامن

أما القول بتخيير الضامن، فقد استدلل له بأصالة براءة ذمته عمّا زاد على ما يختاره.

وهذا الاستدلال على ظاهره غير صحيح، لعدم كون ما يختاره متيقن الوجود أو الثبوت حتى ينفي الزائد عليه بالأصل، فلا بدّ من أن يكون مراده هو: إن الضامن متيقن باشتغال ذمته بماليته التالف، ثم إذا شك في أنه - بالإضافة إلى ذلك - ضامن لخصوصيته المثليه وخصوصيته القيميه أولاً؟ فتكون الخصوصيتان أمرين زائدين، فتجرى فيهما البراءة، وحينئذٍ، يكون مخيراً في دفع أيهما شاء حتى يكون مؤدياً للماليه لعدم إمكان أداء الماليه بوحدها.

فقال المحقق الخراساني: «لا- يخفى أنه لو كان الضمان بالقيمه في القيميات مجرد إرفاق بحيث لو تمكّن من مثل العين التالفه وما يشابهها بحسب الصفات فيها كان له دفعه ولا يتعيّن عليه قيمته، كان الأمر من باب

ص: ٣٠٨

الدوران بين التخيير والتعيين، والأصل عدم الخروج عن العهد إلا بالمعّين، للشكّ في الخروج بدونه، فلا وجه للتخيير، ولو كان الضمان بها فيها على نحو التعيين، كان الأمر من باب الدوران بين المتباينين، ويتعيّن فيه الاحتياط لا التخيير...» (١).

وتوضيح التباين هنا هو: إنّ القيمة عباره عمّا يتقدّر به مائته الشيء، فهي المائيه المقيّده بكذا دينار أو درهم، والمثليه كذلك، فهي عباره عن المائيه المقيده بكونها مثل التالف، فيكون الأمر دائراً بين المتباينين، والمحكم أصله الاحتياط لا التخيير.

لكنّ الميرزا الاستاذ قرب تخيير الضامن: بأنه وإن كان أمره مردّداً بين المتباينين، لكنّ الاحتياط بدفع كليهما متعذّر، لكونه معارضاً باحتياط المالك، لتردّده بين استحقاق المثل أو قيمه، فلا يجوز له أخذ كليهما ولا أحدهما المعّين لاحتمال أن لا يستحقّه، والأحد المرّد لا واقعیه له ولا ماهیه، فتنزّل وظيفه الضامن من الموافقه القطعيه إلى الاحتماليه، وهذا هو التخيير (٢).

ويندفع: بأنه لو كان الأداء الرافع للضمان هو الإعطاء والأخذ من المالك، كان لما أفاده وجه، لكنّ الأداء في الحديث عباره عن الإقباض، وهو يتحقق بالتخليه بين المال وبين المالك، وإذا فعّل ذلك وقال له: إنّ أحدهما لك والآخر لي، فقد أدّى وظيفته وتحقق الغايه في الحديث، لكنّ ليس

ص: ٣٠٩

١-١) حاشيه المكاسب: ٣٥

٢-٢) وراجع: منيه الطالب ١ / ١٣٧

للمالك أن يأخذ كليهما معاً، أو أحدهما على ما ذكر، فإنّ تصالحا فهو، وإلّا فالقرعه أو الرجوع إلى الحاكم أو التنصيف، فلا موضوع في المقام للمعارضه.

وأما ما يذكره الفقهاء من عدم تمسّي الإحتياط في الأموال بأن يدفع المثل والقيمه معاً، للتعارض بينه وبين قاعده لا ضرر، ففيه: أولاً: قد تقرّر في الأصول أن مجرى قاعده نفى الضرر هو الأحكام الشرعيّه، ووجوب تحصيل العلم بفراغ الذمه حكم عقليّ، والقاعده لا ترفع الأحكام العقليّه.

وثانياً: إنّ مقتضى الإحتياط هو التخليه بين المالك وبين المثل والقيمه على الترتيب الذي ذكرناه، نعم، لو كان الواجب هو تمليكهما إياه لكان لتوهم المعارضه المزبوره مجال.

فالقول بتخيير الضامن مردود مطلقاً.

وأما ما ذكره المحقق الخراساني من أن المورد من دوران الأمر بين التعيين والتخيير، والأصل فيه هو التعيين، فعليه دفع المثل معيّناً، فنذكر قبل النظر فيه فائدةً اصوليّه هي:

إن دوران الأمر بين التعيين والتخيير على خمسة أقسام:

١ - أن يدور أمر تحصيل الشيء وامثاله بين التعيين والتخيير، كما لو امر بحفظ الأمانه، ولا يدرى هل يتحقق الامثال بوضعها في أى مكانٍ في الدار أو في الصندوق؟ ولا شبهه في أنّ الأصل هنا التعيين، لأنّ الإشتغال اليقيني يقتضى البراءه اليقينيّه.

٢ - أن يعلم بوجوب شيء، ولا- يدرى هل الواجب عليه هو الشيء معيناً أو أحد الشيء مخيراً منهما؟ مثلاً: إذا علم بعد رمى الجمره يوم العيد بوجوب شيء عليه بعد الرمي، ولكن هل هو خصوص الحلق أو أحد الأمرين من الحلق والتقصير؟

٣ - أن يؤمر بشيء ولا- يدرى هل له عدل أو لا، كما لو علم بوجوب إطعام ستين مسكيناً وجهل هل عتق الرقبه عدل فيكون مخيراً بينهما؟ أو يؤمر بشيء ولا يدرى هل الواجب عليه هو الشيء بخصوصه أو الجامع بينه وبين الشيء الآخر؟

٤ - أن يخاطب بواجبين ويقع الشك بين أن العطف بينهما كان بالواو حتى يجب عليه كلاهما على وجه التعيين، أو بأو حتى يكون الواجب أحدهما على نحو التخيير.

٥ - أن يكون حكمان تعيينيان ولا يقدر على امتثالهما معاً، فيقع التراحم بينهما، وهو يحتمل أهميه أحدهما من الآخر، فإن كانا متساويين فالتخيير، وإن كان أحدهما أهم فالتعيين.

وبعبارة اخرى:

تاره: يدور الأمر بين التعيين والتخيير العقليين في مقام الامتثال والخروج عن العهده بعد العلم بالتكليف، كما لو امر بإزاله النجاسه وشك في الامتثال بالغسل مرّة أو مرتين، فهنا يجب عليه الإتيان بما يحتمل كونه دخيلاً في تحقق الامتثال، فلا يكتفى بالمره في المثال أو وضع الوديعه في أى مكانٍ في البيت كما في المثال السابق، بل الأصل هو التعيين.

ص: ٣١١

واخرى: يدور الأمر بين التعيين الشرعى والتخير العقلى، كأن يعلم بأن الواجب عليه فى الركوع إمّا التسييح معيّناً وإمّا مطلق الذكر والتسييح من مصاديقه فىكون مخيراً عقلاً- بينه وبين غيره. فهنا: يوجد القدر المتيقن وهو الأقل، أى: مطلق الذكر، وأمّا الأكثر أى: الخصوصية، فمشكوك فيها، والأصل براءة ذمته عن الأكثر، وكذا فى مثال الواجب بعد الرمي المذكور سابقاً.

وثالثه: يدور الأمر بين التعيين والتخير الشرعيين، وهذا على ثلاثة أقسام: لأنه قد يكون فى الشبهه الموضوعيه، وقد يكون فى الشبهه الحكميه، وقد يكون فى الحكمين المتراحمين مع احتمال الأهميه.

أمّا الشبهه الموضوعيه، كما لو علم بأن المعصيه الكذائيه موجب له لكفاره وجهل بكون كفارتها هى عتق الرقبه معيّناً أو أنه مخير بين العتق والإطعام مثلاً؟

وأمّا الشبهه الحكميه، كما لو أوجب أمرين كالعتق والإطعام وتردّد إيجابهما بين كونه بواو الجمع فهما واجبان، أو بأمر فهو مخير بينهما، ومثل ما إذا وجب عليه شىء كالصلاه مع السوره وجهل هل لها عدل وهو الصلاه بلا سوره أو لا؟

وأمّا الحكمان التعيّيتان المتراحمان، كما لو قال: إفعل هذا، ثم قال: إفعل هذا، وكلّ من الأمرين مطلق، أى سواء فعلت ذاك أو لا، لكنّه غير قادر على امتثال كليهما، فلا بدّ من رفع اليد عن الإطلاق، فإن كانا متساويين فى الملاك، رفع اليد عن إطلاقهما والنتيجه هى التخير، وإن كان ملاك أحدهما أهم من الآخر، قدّم على الآخر وسقط إطلاقه، ومع الشك فمقتضى الأصل تعيين

محتمل الأهميّه، لعدم العلم بسقوط إطلاقه والعلم بسقوط إطلاق الآخر.

وأما في القسمين السابقين، فعلى المبني في الواجب التخييري:

فإن قلنا: بأن الجامع بين الفردين هو الواجب، رجع الشك إلى وجوب الخصوصيّة بعد كون الواجب هو الجامع، وتجرى البراءة عنها، والنتيجة هي التخيير.

وإن قلنا: بأن هناك واجبين، فيجب كلُّ منهما عند عدم القيام بالآخر - وكأنه قال: إفعال هذا إن لم تفعل ذاك، وإفعل هذا إن لم تفعل ذاك، فهما واجبان مشروطان - فالنتيجة هي التخيير كذلك، لأنه إذا أتى بأحدهما وشك في وجوب الآخر، كان من الشك في أصل التكليف وهو مجرى البراءة.

وإن قلنا: إن هناك واجبين ولكلُّ منهما مصلحة تامّة، ولكن هناك مصلحة أخرى هي السبب في جواز ترك كلِّ منهما إلى البدل، فهي مزاحمة للجمع بين مصلحتي الواجين، فلا- مناص من أصاله التعيين، لأنه متيقّن بوجوب الفرد ويشك في وجود المصلحة المزاحمة الموجه لجواز تركه، والأصل عدمها.

وبعد الفراغ عن هذه المقدّمه نقول:

إن دوران الأمر بين المثلى والقيمي، سواء كان بنحو الشبهه الموضوعيه أو الحكميّة، يرجع إلى تعيين المثل أو الجامع بينه وبين القيمه، والأصل البراءة عن التعيين، والنتيجة هي التخيير.

وبهذا ظهر سقوط إشكال المحقق المذكور، وأن هذا هو الوجه الصحيح للقول بالتخيير. والعلم عند الله.

والتحقيق: أنه لا- يمكن القول بتخيير الضامن، أمّا من جهة أصاله البراءه عمّا زاد مع تقرينا لذلك، فلأنه يرد عليه: أنّ القيمه - على ما فى كتب اللغه (١) - ما يعادل المتاع، أو الثمن الذى يقاوم المتاع، أى يقوم مقامه، وفى القاموس (٢):

قوّمت الشيء أى ثمّنته، فالمراد من «القيمه» هو «الثمن» لا «المائيه» المطلقه، وعليه، يدور الأمر بين اشتغال ذمه الضامن بخصوص المثل أو الثمن وهو عباره عن الدرهم والدينار، فهو يدور بين المتباينين، فلا مجال للتمسك بالبراءه.

وأمّا من جهة ما ذكره شيخنا الميرزا من التعارض بين احتياط الضامن واحتياط المالك، وإذ لا طريق لتحصيل الموافقه القطعيه فيتنزّل إلى الموافقه الاحتماليه وهى تحصل بإعطاء أى منهما، فالجواب عنه: إنّ الموافقه القطعيه تحصل بإحضار الفردين عند المالك والتخليه بينه وبينهما، أمّا أنه لا- يجوز شرعاً للمالك أخذهما أو أحدهما المعين، فلا يكون مانعاً عن حصول البراءه للضامن. وبعباره اخرى: عدم تمكن المالك من التصرف شرعاً لا ربط له بتكليف الضامن، فإنه بإحضارهما متيقن بفراغ ذمته.

وبالجمله، فالقول بتخيير الضامن ساقط.

القول بتخيير المالك

وأما القول بتخيير المالك، فقد قال الشيخ:

فإن فرض إجماع على خلافه، فالأصل تخيير المالك... والأقوى تخيير

ص: ٣١٤

١-١) مجمع البحرين ٣ / ٥٧٠

٢-٢) القاموس المحيط ٤ / ١٦٨

المالك من أول الأمر لأصالة الإشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو عن منع.

أقول:

أمّا الإجماع، فإن كان المراد عدم قيام الإجماع على تخيير الضامن واقعاً، فهذا صحيح، إذ لا يقول أحدٌ بأنّ الحكم الواقعي للضامن هو التخيير، إنما الكلام في مقتضى الأصل العملي، ولا- ربط للبحث بالإجماع، على أنه لو فرض، فليس بالإجماع الكاشف.

وبالجملة، فإننا نعلم بأنّ الحكم الواقعي ليس هو التخيير، ولا أثر لدعوى الإجماع، مع أنه ليس بالإجماع الحجّة.

وأما أن الأصل عدم براءة ذمّة الضامن إلّابما يرضى به المالك.

ففيه: إنّ براءة ذمّته تحصل بإحضار المثل والقيمة عند المالك، فليس طريق تحصيلها منحصرّاً بتخييره، فالصحيح أن يقال: الأصل عدم براءة ذمّة الضامن إلّابدفع ما يستحقّه المالك، وهو يحصل بإحضار القيمة والمثل لديه.

وأما التمسك بقاعده اليد، بتقريب: إن العين وإن تلفت خارجاً لكنّها ثابتة على ذمّة الضامن اعتباراً، فذمّته مشغولة بها، فلو دفع أحد الأمرين - من المثل والقيمة - يقع الشكّ في الفراغ، فعليه أن يدفع إلى المالك خصوص ما يختاره.

ففيه: إنّ اليقين بالفراغ يحصل بإحضارهما لدى المالك على ما تقدّم.

وقد قرّب شيخنا الاستاذ تخيير المالك. ثم أجاب عنه قائلاً:

إنّ الكلام في إجراء الأصل بالإضافه إلى ما اشتغلت به الذمّة من المثل

بالخصوص أو قيمه بخصوصها، وأما ما يرضى به المالك بدلاً عن البدل فهو قد يكون قيمه في المثل مثلاً، وقد يكون شيئاً آخر غير المثل والقيمه مما لا ينضبط تحت ضابط ولا تعيينه محل الكلام.

ومن الواضح أن دفعهما معاً مستلزم لأداء ما في الذمه، سواء رضى المالك بأحدهما بالخصوص أم لا، فلا يتوقف القطع بالبراءة بدفع ما يختاره المالك، ونسبه الأصل إلى كليهما على حد سواء» (١).

وأقول: إنه لا بد من تقييد رضا المالك برضا الضامن حتى يندفع الإشكال بأنه إذا كان الملاك رضا المالك، فقد لا يحصل رضاه إلا بدفع كلا الشئين أو شىء آخر غيرهما. ولكن إذا قيد رضاه برضا الضامن رجع الأمر إلى التصالح، وهذا خارج عن البحث.

بل التحقيق في الجواب هو ما ذكرناه من حصول اليقين بالفراغ بإحضار الشئين لدى المالك، على ما تقدم.

وبالجملة، ليس طريق تحصيل براءة ذمه الضامن منحصراً بتخيير المالك... فالقول به ساقط كذلك.

القول بضمان المثل

وأما القول بأصاله الضمان بالمثل قال الشيخ: لأنه أقرب إلى التالف من حيث المائيه والصفات . فلنقدم قبل الورود في البحث عنه مقدّمه، وهى:

إن الشبهات المصدقيه على أقسام:

ص: ٣١٦

منها: أن يكون المفهوم بيناً والشك في المصداق، كأن يقول أكرم العالم ويشك في أن زيداً مصداقاً لعنوان «العالم» أو لا. فهنا لا يجوز إكرام زيداً تمسكاً بعموم العام، وكذا لو كان عندنا عام بين وخاص بين، فشك في أنه مصداق للعام أو الخاص، فلا يجوز التمسك بالعام، إذ ليس التخصيص إلّا أن يكون الباقي تحت العام مقيداً بكونه غير المخصّص، لأن حيثه الغيريه هذه قيد للباقي تحت العام برهاناً، إذ لا يعقل كونه مهملاً.

ومنها: أن يكون المخصّص للعام مفهوماً مجملاً، وتسمى بالشبهه المفهوميه، كأن يقول: كلّ مكلف يجب عليه التمام، فأخرج المخصّص المسافر وكان مجملاً لتردده بين من سافر بريداً أو بريدين، والقدر المتيقن هو من سافر بريدين ويبقى المسافر بريداً تحت العام، أو قال: أكرم الناس إلّا الفاسق، وتردد الفاسق بين خصوص مرتكب الكبيره أو الأعم منها ومن الصغيره، والقدر المتيقن هو مرتكب الكبيره وفي غيره يتمسك بالعام، وهكذا في موارد كون المخصّص لبيّاً، فإن الخارج من تحت العام هو القدر المتيقن ويتمسك بالعام فيما زاد عليه.

وبعد هذه المقدمه نقول:

يمكن تقريب ضمان المثل بوجوه:

بأن يقال: إن الضمان بمعنى الكفاله، والكفيل عباره عمّن يكون ملتزماً بإرجاع الشيء إلى محلّه أو صاحبه، ولو تلف وهو كفيل وجب عليه إرجاع مثله لأنه بمنزله إرجاع نفسه وكأنه لم يتلف.

أو يقال: إن ضمان الشيء في المثلى بالمثل وفي القيميات بالقيمه أو

المثل، فلو تلف الشيء وتردد بين كونه مثلياً أو قيمياً، كان أمر الضامن مردداً بين التعيين والتخيير، ومقتضى الأصل هو التعيين، فعليه دفع المثل إلاما خرج بالدليل.

وبعبارة أخرى: إن مقتضى القاعده فى الضمان دفع المثل، وقد جَوَز الشارع من باب الإرفاق فى القيمات دفع القيمة أيضاً، وإذا شك فى اشتغال ذمته بالمثل أو القيمة فدفع القيمة، كان مقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال، فيتعين دفع المثل حتى يتيقن بالفراغ.

أو يقال: إن أخذ قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» كنايةً عن أنه إذا تلف ما أخذت اليد فعليه خسارته - كما هو الظاهر عند الشيخ - خلاف الظاهر منه، وحمل الكلام عليه خلاف أصاله الحقيقه، لأن مقتضاها هو أن المأخوذ بنفسه على عهده الآخذ إلى أن يؤديه، ولذا نقول ببقاء الشيء على عهده لو تعاقبت الأيدي عليه، لأن المخرج عن العهده ليس إلا الأداء إلى المالك.

ثم إن للشيء المأخوذ خصوصيات، هى خصوصية الشخصيه والصنفيه والنوعيه، وصفات يرغب فيها المالك وتؤثر فى ماليته عنده، فكان مقتضى الحديث استقرار جميع الخصوصيات على ذمه الضامن، وعليه أن يؤدى الشيء بجميع خصوصياته وصفاته، وحينئذ فلو تلف الشيء المأخوذ سقطت خصوصيته الشخصيه ولا - مصحح لاعتبار بقائها على عهده الضامن، لكن سائر الخصوصيات باقيه على العهده، فهو لا يخرج عنها إلا بأدائها، والمثل هو الواجد لها، فيجب عليه دفع المثل.

نعم، قام الإجماع فى القيمات على دفع القيمة، وبه ترفع اليد عن

مقتضى القاعده، لكنّ القدر المتيقّن من الإجماع ما كان بين القيميّه، أمّا المشكوك في مثليته أو قيمته فباقٍ تحت القاعده، لما ذكرناه في المقدّمه.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب هذا القول بوجهه الثلاثه.

ولكنّ الكلام كلّه في قاعده اليد، وبعد عدم تماميه سند الحديث لا حاجه إلى البحث عن دلالتّه، ولا مجال للقول بأنّ ضعفه مجبور بعمل الأصحاب.

وبذلك يسقط التقريب الثالث.

وأما التقريب الثاني، ففيه:

أولاً: لا دليل على دعوى الإرفاق في القيميّات حتى يتمّ التخيير.

وثانياً: لو سلّمنا التخيير في القيميّات، فلمّ لا يكون من باب التخيير بين الكلّي وفرده، حتى يكون من قبيل الأقل والأكثر فتنفى خصوصيته الفرد بالأصل وهي المثليه؟

وأما التقريب الأوّل، فالجواب عنه: إنّ المخاطب في روايات الضمان الكثيره جداً والمختلفه مورداً - إذ قسم منها في تلف القيمي، وقسم في الدراهم، وقسم منها جاء بعنوان «الضمن» - هو العرف، وقد اوكل فهمها إليه، وأهل العرف لا يفهمون الدقائق المشتمل عليها هذا التقريب.

فالقول بأصالة الضمان بالمثل لا دليل عليه.

القول بضمان القيمه

وأما القول بأصالة الضمان بالقيمه، بتقريب: أن المراد من «الضمان» هو ضمان «الماليه» ولا دخل للخصوصيّات فيه، وإنّما هي محقّقه للماليه

ولا موضوعيّه لها في الضمان، فالواجب أداء المائيّه ودفع القيمه، ولو فرض احتمال وجوب دفع خصوص المثل اندفع بالأصل.

فلا- يمكن المساعده عليه أيضاً، لأن المناط في القيميّات هو القيمه السوقيّه، وهي عباره عن الدرهم والدينار، لا الماليه المطلقه في ضمن أي شيء كانت، وعليه، فإذا دار الأمر بين المثل والقيمه، كان من الدوران بين المتباينين، فلا مجال للقول بأن الأصل في الضمان القيمه.

القول بالقرعه

وأما القول بالرجوع إلى القرعه، لكونها لكل أمر مجهولٍ، والمضمون به فيما نحن فيه مجهول.

فقد اشكل عليه:

أولاً: بورود التخصيصات الكثيره على عمومات القرعه وذلك موجب لو هنها، لأن إرادته العموم جداً لا- تجتمع مع كثره التخصيص.

وثانياً: إنّ مجرى القرعه هو الشبهه الموضوعيّه المحضه، فلا- تعم أدلتها الشبهه المفهوميّه والموضوعيّه الناشئه عن الشبهه الحكميّه.

وكلاهما مردودان:

أما الأول، فلأنه في كلّ موردٍ لم تطبق فيه القرعه توجد أماره أو أصلٌ فخرج له عن المجهوليّه، فلا يبقى موضوع للقرعه، فخرج تلك الموارد كلّها تخصّصي لا تخصّصي.

وأما الثاني، ففيه:

أولاً: ربما يكون الشك في المثليه والقيميّه في الشبهه الموضوعيّه

المحضه، فقد يتلف الشيء والضامن والمالك يجهلان أنه مثلى أو قيمى، فالحنطه مثليه والحيوان قيمى، والعلم الإجمالى قائم بتلف أحدهما، فالشبهه موضوعيه محضه.

وثانياً: قد ذكرنا سابقاً أنه لم يرد لفظ «المثل» و«المثلى» فى نصوص الضمان، حتّى يقع الشك فى مفهومها، بل الوارد هو «الضمان» بشتقاته، ومعناه عرفاً هو دفع المثل فى المثليات والقيمه فى القيميات، فوقع الشك فى أنّ العرف هل يضمّنون بالمثل أو بالقيمه فيما لو جهل بكون التالف من هذا أو ذاك؟ وهذه شبهه موضوعيه.

وثالثاً: إنّ العبره بعموم العام لا بخصوص المورد، فإذا كان مورد أدلّه القرعه هو الشبهه الموضوعيه، فإنّه لا يخصّص عمومها.

والحق فى الإشكال هو:

إنّ أدلّه القرعه موضوعها مجهوليه عنوان الشيء الخارجى كما فى قطيعه الغنم مثلاً حيث يكون الفرد الحرام بينها مجهولاً، أمّا فيما نحن فيه فلا- ربط للأمر بالخارج، وإنما يريد الضامن أن يعلم ماذا يجب عليه أن يؤدى، وإجراء القرعه لتعيين ما فى الذمّه غلط. هذا أولاً.

وثانياً: إن موضوع القرعه هو الأمر المجهول، أى: أن لا يكون هناك سبيل إلى معرفه الوظيفه الشرعيه، ومع التمكن من معرفتها لا- تصل النوبه إلى القرعه، وأصالة الاشتغال - فيما نحن فيه - تعين الوظيفه، إذ مقتضاها هو الجمع بين المثل والقيمه فى الأداء، وأمّا عدم جواز أخذ المالك لكليهما فهو أمر آخر.

فالمختار:

إذا دار الأمر بين كون التالف قيمياً أو مثلياً - والمراد من القيمة الدرهم والدينار كما تقدّم - كان من دوران الأمر بين المتباينين، ومقتضى أصاله الاشتغال هو تحصيل البراءة اليقينية، وذلك يكون بإحضارهما معاً عند المالك والتخليه بينه وبينهما، فإذا فعل ذلك برأت ذمته قطعاً، غير أنه لما كان المالك غير مستحق لأحدهما، فإنّ تصالحا بشكلٍ من الأشكال فهو، وإنّ تخصما، بأن منع كلّ منهما الآخر عن التصرف في ملكه، رجعا إلى الحاكم، وإذا لا دليل على الصّالح القهري فالحاكم يقرع بينهما وترتفع الخصومه.

وأما احتمال التنصيف بحكم الحاكم، نظير درهم الودعي، فبديهي الفساد، لأنّ الحكم بالتنصيف في الدرهم، إما هو من جهه كون الباقي مشتركاً بالإشاعه، وذلك مقتضى التنصيف، وإما من جهه أنه مقتضى العدل. أما حيث يكون هناك مالان أحدهما ملك لهذا والآخر ملك لذاك فلا وجه للتنصيف أصلاً.

عود إلى كلمات الشيخ

قال:

نعم، يمكن أن يقال - بعد عدم الدليل لترجيح الأقوال والإجماع على عدم تخيير المالك - التخيير في الأداء.

من جهه دوران الأمر بين المحذورين أعنى: تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبه قيمه ولا للضامن الامتناع، وبين تعيين قيمه كذلك، فلا متيقن في

البين ولا يمكن البراءة اليقينيّة عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى.

فتأمل.

أقول:

يمكن تقريب تنظيره للمقام بتخير المجتهد في الفتوى: بأن المجتهد لما كان يرى وجوب العمل بخبر الواحد، فإذا وقع التعارض بين الخبرين، أحدهما يأمر والآخر ينهى، يعلم بوجوب العمل بأحدهما ولا يمكن الجمع بينهما، فيدور أمره بين المحذورين فيتخير، كذلك ما نحن فيه.

وأما أمره بالتأمل، فهو إشارة إلى أنّ دوران أمر المجتهد بين المحذورين يبتنى على أن تكون حجّيته خبر الواحد من باب السببيّة، يعنى: إنّه تحدث بقيام الخبر مصلحه تكون السبب لوجوب العمل، فإذا وقع التعارض ولا يمكنه الأخذ بكليهما حكم بالتخير. لكنّ المبني غير صحيح، بل حجّيته الخبر من باب الطريقيّة، وعليه، فلا موضوع للدوران بين المحذورين، لأن مقتضى الأصل الأوّلى هو التساقط، ولو قلنا بالتخير فهو من أجل النصّ لا لدوران الأمر بين المحذورين.

بل، ليس التخير من أجل ذلك حتّى على القول بالسببيّة، لأن معنى السببيّة هو حدوث المصلحه الملزمه للعمل، فإذا وقع التراحم بقيام الخبرين بين المصلحتين كان القول بالتخير هو مقتضى القاعده الأوّليه بين المصلحتين المتراحمين.

هذا، ويحتمل أنّ يكون المراد من قوله «من باب تخيير المجتهد في الفتوى» أن المجتهد يفتى بالتخير، فيكون الأمر بالتأمل - على هذا الإحتمال -

ص: ٣٢٣

إشارةً إلى أن فتوى المجتهد بالتخيير فيما نحن فيه لا مورد له، لأنه لا دليل على وجوب دفع المثل ولا القيمة على وجه التعيين حتى يدور الأمر بين المحذورين، بل إن الواجب عليه أحدهما، وتحقق البراءة اليقينية بإحضار كليهما لدى المالك، على ما ذكرنا.

الاستدلال لضمان المثلى بالمثل والقيمي بالقيمة بآيه الاعتداء

قال:

وقد استدلل في المبسوط والخلاف على ضمان المثلى والقيمي بالقيمة بقوله تعالى: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (١) بتقريب: أن مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلى والقيمة في غيره.

أقول

استدل الشيخ بالآيه المباركه لضمان التالف المثلى بالمثل والقيمي بالقيمة... .

والاعتداء هو التجاوز عن الحد، و«الباء» للمقابل، كقوله تعالى: «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ...» (٢) وقوله: «وَمَنْ عَاقَبَ بِمِثْلِ مَا عُوقِبَ...» (٣) وقوله:

«... بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ...» (٤) و«المثل» قال الشيخ في الخلاف بعد الآيه: «المثل مثلان مثل من حيث الصوره ومثل من حيث القيمة، فلما لم يكن للمنافع مثل

ص: ٣٢٤

١- ١) سورة البقره: ١٩٤

٢- ٢) سورة النحل: ١٢٦

٣- ٣) سورة الحج: ٦٠

٤- ٤) سورة الاسراء: ٨٨

من حيث الصّوره وجب أن يلزمه من حيث القيمه...» (١) وظاهر عبارته أن «ما» في الآيه موصوله.

وتقريب الاستدلال: إن من تعدّى على شيء من أموالكم بالاستيلاء عليه، يجوز لكم التعدّي على أمواله، فإذا أتلف لكم شيئاً من الأموال جاز لكم الاستيلاء على ماله، إن كان مثلياً فبالمثل، وإن كان قيميّاً فبالقيمه، لأن المثل مثلان كما ذكر.

المناقشات في دلالتها

وفيه:

إنّ الأخذ والاستيلاء ليس مماثلاً للإتلاف، إلّا أنّ يدعى اندراجهما تحت جامع انتزاعي هو الفصل بين المال ومالكه، وفيه ما لا يخفى. هذا أولاً.

وثانياً: الوارد في الآيه هو «المثل» بقول «مطلق» وهو ظاهر في المماثله من جميع الجهات، والمثليه في القيميات من وجه، فكيف يتم الاستدلال؟

وثالثاً: إنّ الآيه المباركه متفرعه ب«الفاء» على الآيه السابقه عليها، قال تعالى: «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ...» وهي ظاهره في مقابله الاعتداء بالاعتداء، فهو قتال مماثل للقتال من حيث الزمان والمكان، أى:

فكما أنّهم لم يحافظوا على المحرمات الزمانيه والمكانيه، كذلك أنتم يجوز لكم ترك المحافظه عليها.

وبعبارة اخرى: هذا التفریع يشهد بكون «ما» مصدرية أى: فاعتدوا عليه

ص: ٣٢٥

بمثل اعتدائه، وليست موصولة على أن يكون الرابط محذوفاً، أى: بمثل الذى اعتدى به عليكم، وإذا كانت مصدرية فما معنى «الباء» فى «بمثل»؟...، ويشهد بذلك ما سبق عليها من قوله تعالى «وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ...» وأيضاً الخبر:

«عن معاوية بن عمار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام رجل قتل رجلاً فى الحل ثم دخل الحرم... قلت: فما تقول فى رجل...».

ورابعاً: لو تنزلنا، فلا أقل من ترددها بين المصدرية والموصولة.

وخامساً: وعلى فرض كونها موصولة، فإنها تعمّ العمل، فيكون المعنى:

الاعتداء بمثل الذى صدر من المشركين من الاعتداء، فلا دلالة على الضمان.

قال الشيخ:

وربما يناقش فى الآية... وفيه نظر.

أقول:

قال السيد:

قال فى الحاشية: لأن ظاهرها اعتبار المماثلة فى الاعتداء والمعتدى به.

قلت: هو كذلك (١).

وهو يؤيد ما ذكرناه أخيراً.

وتلخص سقوط الاستدلال بالآية للمقام.

قال الشيخ:

نعم، الانصاف عدم وفاء الآية - كالدليل السابق عليها - بالقول المشهور...

ص: ٣٢٦

فتبين أن النسبه بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآيه عموم من وجه... .

أقول:

ذكر في مادّه الافتراق من طرف المشهور: أنه قد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين، ولا يضمن به عند المشهور كما في المثالين:

الأول: لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساويه من جميع الجهات. فإن مقتضى العرف والآيه إلزام الضامن بتحصيل ذراعٍ آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيمته الثوب لا يقول به.

وربما يشكك عليه، بأنه إذا كان مقتضى الدليلين تحصيل المماثل من جميع الجهات، فإنّ تحصيله بأضعاف قيمته تحصيلٌ لما يزيد على المثل.

ولكنّه غفله عن المقصود، لأنّ حيثه الضمان غير حيثه تحصيل المثل، فالذى استقرّ على الذمّه وحصل الضمان به هو مقدار ماليه التالف، وأما دفع أضعاف قيمه فلتحصيل المثل الواجب دفعه، وسيأتى توضيح هذا المطلب فيما بعد.

والثاني: لو أتلف عليه عبداً وله في ذمّه المالك بسبب القرض أو السلم بعد موصوف بصفات التالف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر المعنوي كما يشهد ملاحظ كلماتهم في بيع عبدٍ من عبيد.

نعم، ذهب جماعه - منهم الشهيدان في الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضه إذا كانت قيمه، لكنّ لعلّه من جهه صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهه ضمان القيمي بالمثل... .

ص: ٣٢٧

أقول:

هكذا قال، وليته لم يقله، لأنّ أداء العين المقترضه إما هو من جهة جواز عقد القرض من طرف المقترض - وإن كان لازماً من طرف المقرض - فإذا أداها كان فسخاً للعقد عملاً أو لاشتغال الذمّه في خصوص قرض القيمي بالأعم من طبيعي المال المقترض والقيمه، وحينئذٍ، يمكنه ردّ العين لكونها من مصاديق الكلّي الطبيعي، أمّا لو كان اشتغال الذمّه بالقيمه فلا يصحّ قوله:

«لعلّه من جهة صدق...» لأنّ ردّ العين ليس بأداء للقيمه، لكونهما متباينين، فلا يتحقّق أداء القرض.

فالدليل لما ذهب إليه الجماعه هو أحد الوجهين اللذين ذكرناهما، لا ما ذكره الشيخ رحمه الله.

هذا إذا كان للتالف مماثل.

قال الشيخ:

وأما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمّه بالتعذر... ولا يقولون به.

أى: يقولون بأنّ عليه أداء قيمه يوم التلف.

هذا كلّه في بيان مادّه الافتراق في القيميات.

وأما مادّه الافتراق في المثليات. قال الشيخ:

وأيضاً؛ فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمه نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم جواز إلزام المالك بالمثل... مع

أنّ المشهور كما يظهر من بعض إلزامه به وإنّ قوياً خلافه بعض، بل ربما احتتمل جواز دفع المثل ولو سقط المثل

ص: ٣٢٨

عن قيمه بالكلية، وإن كان الحق خلافه.

أقول:

إن مقتضى الدليلين اعتبار المماثلة في الماهية والمالية، وما نقصت قيمته ليس مماثلاً للتالف، فلا يخرج الضامن عن العهده بأدائه، لكن المشهور لا يقولون باعتبار المماثلة من جميع الجهات، فيكفى للخروج عن الضمان دفع ما نقص قيمته، بل ربما احتمل بعضهم دفع المثل ولو سقط عن القيمة بالكلية.

وبالجملة، إن مقتضى الدليلين هو المثل بقولٍ مطلق، لكن المشهور القائلين بأن المثلى يضمن بمثله يريدون المثلية في الجملة، بل بعضهم يحتمل كفايه المثل وإن سقط عن القيمة.

وأشكل السيد (1) قدس سره بما ملخصه:

إن المثل في الآية المباركة ما يكون مماثلاً في الصورة والماهية، وأما جهة المائيه فليست دخيلة في المثلية، ولذا لو كانت العين المأخوذة بالعقد الفاسد موجودةً وجب عليه ردّها وإن نقصت ماليتها.

وهذا منه عجيبٌ جداً!!!

لأن الإعتداء الواقع لم يكن بالنسبة إلى العين بوحدها بل بالنسبة إلى ماليتها أيضاً، فالمعتدى ضامنٌ لكليهما، وأما في المأخوذ بالعقد الفاسد - مثلاً - مع بقاء عينه، فإن العين تردّ، لأنه ردّ للملك سواء نقصت قيمته أو سقطت. فكم فرق بين مفاد الآية المباركة والمثال الذي ذكره؟

ص: ٣٢٩

بل يمكن أن يقال في صورته بقاء العين - إذا كان نقصان قيمتها على أثر إمساكه العدوانى - بالضمان كذلك، لما تقدم أن إتلاف المائيه موجب للضمان.

فظهر سقوط الإشكال بوجهين.

قال الشيخ:

ثم إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمه على تقدير تحققه، لا يجدى بالنسبه إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففي موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآيه، بناءً على ما هو الحق المحقق من أن العام المخصّص بالمجمل مفهوماً المرّد بين الأقل والأكثر لا يخرج عن الحجّيه بالنسبه إلى موارد الشك.

أقول:

لقد كان الأولى أن يقول: بأنه لا يوجد فى المقام مفهوم مخصّص لعموم العام، بل هناك موارد قام الإجماع فيها على القيمي كالحيوان فيكون الإجماع مخصّصاً لعموم الآيه المعتبره للمثليه، وأما فيما عداها فلا مخصّص، والمحكم هو العموم. وبعبارة اخرى: لا يوجد فى غير موارد الإجماع مخصّص، لا أنه موجود وهو مرّد بين الأقل والأكثر.

حاصل الكلام فى المقام

قال:

فحاصل الكلام: إن ما اجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل مع مراعاة

ص: ٣٣٠

الصفات... مضافاً إلى الخبر الوارد في أنّ الثابت في ذمّه من اقتراض دراهم وأسقطه السلطان وروّج غيرها، هي الدراهم الاولى.

وما اجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمه بناءً على ما سيجيى من الاتفاق على ذلك وإن وجد مثله... .

أقول:

نصّ الروايه: عن يونس قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام:

إنه كان لي على رجلٍ عشره آلاف دراهم، وأن السِّلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من الدراهم الاولى، ولها اليوم وضعه، فأى شيء لي عليه، الأولى التي أسقطها السلطان أو الدراهم التي أجازها السلطان؟

فكتب: لك الدّراهم الاولى» (١).

وعن العباس بن صفوان قال: «سأله معاوية بن سعيد عن رجلٍ استقرض دراهم عن رجل، وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت ولا يباع بها شيء، أُلصاحب الدراهم الاولى أو الجائزه التي تجوز بين الناس؟

فقال: لصاحب الدراهم الدراهم الاولى» (٢).

وأمر الشيخ بالتأمّل (٣)، لعلّه إشاره إلى روايه اخرى في مقابلهما، وهى:

عن يونس قال: «كتبت إلى الرّضا عليه السلام: إن لي على رجل ثلاثة آلاف درهم، وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام، وليست تنفق اليوم، فلي عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟

ص: ٣٣١

١-١) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٦، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرّقم: ٢

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٧، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرّقم: ٤

٣-٣) وهذا التأمّل موجود في بعض النسخ دون بعض

فكتب إلى: لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس» (١).

فيقع التعارض.

وما في الحدائق (٢) من تضعيف بعض الأصحاب لهذه الرواية، فالظاهر أنه بالنظر إلى طريق الشيخ (٣)، لسهل بن زياد الضعيف على المشهور، ولكنها في الكافي (٤) صحيحة بلا كلام.

ولكن قد يجاب عنها - كما في الجواهر - بقصورها عن المقاومه (٥).

ولعله لإعراض المشهور عنها.

إلا أنا نحتمل إمكان الجمع بينهما - وإن لم يقل به أحد - بأن الوارد في ذاك الخبر «عشره دراهم» وفي هذا «ثلاثة آلاف»، ولما كان التفاوت في العشره قليلاً، فقد أهمله الإمام عليه السلام، وأما الخساره المترتبّه في الثلاثة آلاف فلا يصلح إهمالها.

قال:

وما شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف، ومع الإختلاف الحق بالقيمي. فتأمل.

ص: ٣٣٢

١-١) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٠٦، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرّقم: ١

٢-٢) الحدائق الناضرة ٢٠ / ١٤٤

٣-٣) تهذيب الأحكام ٧ / ١١٧

٤-٤) الكافي ٥ / ٢٥٢

٥-٥) جواهر الكلام ٢٥ / ٦٦

أقول:

فصّل في ما لم يجمّع على قيمته أو مثليته وتردّد بينهما، بأنّه مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف يلحق بالمثل، وذلك، لما ذكره من أنّ المخصّص إنّ كان مجملاً- مفهوماً، مردداً بين الأقل والأكثر، تقدّم على العام في القدر المتيقّن، ويتمسّك به فيما زاد عنه، وهنا كذلك، لأنّ العموم المستفاد من الآية المباركة هو أنّ كلّ تالف يضمن بمثله، وقد خصّ بالقيميّ، لكنّ مفهومه مردّد، فما قام الإجماع على قيمته يخرج عن العام، وما لم يبق فهو باقٍ تحته.

وأما مع الاختلاف، فيلحق بالقيميّ، ولا يتمسّك بالعام، لما تقدّم من أن مقتضى الدليلين اعتبار المماثلة من جميع الجهات، فمع الاختلاف في القيمة تنتفي المثلية ولا وجه للتمسّك بالعام، وحينئذٍ، فإنّ الوجدان العقلي للمالك يقتضي أن يرضى بالقيمه، وإذا دفعها الضامن تيقّن بفراغ ذمّته.

هذا غاية ما يمكن أن يقال بشرح كلامه.

ولكنّ يرد عليه فيما لو لم يرض الضامن بذلك، وحصل الترافع بينهما، فما الدليل على الإلحاق بالقيميّ؟ بل يرجع الأمر إلى الحاكم.

فالحق أن يقال بالإلحاق بالقيميّ برضاهما.

وتلخص: إن الآية المباركة في مقام إفاده جواز المقابلة بالمثل، ولا دلالة فيها على الضمان أصلاً.

ولو سلّمنا دلالتها على وجوب التدارك في صورته الإلتلاف، لكنّ معنى كلمة «المثل» في العرف عبارة عمّا يماثل الشيء وجوداً، فإذا توفّرت فيه

ص: ٣٣٣

الخصوصيات الوجودية صدق عليه عنوان «المثل»، والماليه أمر اعتبارى عقلانى، ولا علاقه له بمفهوم الكلمه.

الاستدلال بالنصوص

وأما إطلاقات الضمان، وهى كثيره جداً، كقوله عليه السلام فى العاريه:

«المستعير ضامن» (١).

وقوله عليه السلام فى الوديعة وضعها فى دار جاره فضاعت:

«هو ضامن لها».

وقوله فى الدابة اكرها:

«إن جاز الشرط فهو ضامن،... وإن سقطت فى بئر فهو ضامن».

وقوله فى القصار... .

«كل أجير يعطى... فهو ضامن».

وقوله فى النجار:

«فضمّنه أمير المؤمنين».

ومن النصوص فى ذلك:

عن داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه شىء فهو ضامن» (٢).

عن سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا رهنّت عبداً

ص: ٣٣٤

١- ١) تقدمت هذه النصوص سابقاً

٢- ٢) وسائل الشيعة ١٩ / ١٥٢، الباب ٣٠ من أبواب الإجاره، الرقم: ١١

أو دابّة فمات فلا شيء عليك، وإن هتك الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن» (١).

عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السّلام وعن الحسين بن خالد عن أبي الحسن الرضا عليه السّلام وعن صباح الحذاء وعن إسحاق بن عمّار عن أبي إبراهيم موسى عليه السّلام: «فى الرّجل يأتى البهيمه فقالوا جميعاً: إن كانت البهيمه للفاعل ذبحت، فإذا ماتت أحرقت بالنّار ولم ينتفع بها، وضرب هو خمسة وعشرين سوطاً ربع حدّ الزّانى، وإن لم تكن البهيمه له قومت وأخذ ثمنها منه ودفع إلى صاحبها وذبحت وأحرقت بالنّار ولم ينتفع بها وضرب خمسة وعشرين سوطاً، فقلت: وما ذنب البهيمه؟ فقال: لا ذنب لها، ولكن رسول الله صلّى الله عليه وآله فعل هذا وأمر به، لكيلا يجترئ الناس بالبهايم وينقطع النّسل» (٢).

عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: «سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال: إنّ ذلك فساد على أصحابه (فلا يستطيعون) بيعه ولا مؤاجرتة فقال: يقوّم قيمه فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، وإنما جعل ذلك عليه لما أفسده» (٣).

عن أبي ولاد عن أبي عبدالله عليه السلام: «قيمه بغل يوم خالفته» (٤).

على بن جعفر فى كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام قال:

«سألته عن بختى مغتلم قتل رجلاً فقام أخو المقتول فعقر البختى وقتله، ما

ص: ٣٣٥

١-١) وسائل الشيعه ١٨ / ٣٨٨، الباب ٥ من أبواب الرهن، الرّقم: ٨

٢-٢) وسائل الشيعه ٢٨ / ٣٥٧، الباب ١ من أبواب نكاح البهايم...، الرّقم: ١

٣-٣) وسائل الشيعه ٢٣ / ٣٦، الباب ١٨ من أبواب العتق، الرّقم: ١

٤-٤) وسائل الشيعه ١٩ / ١١٩، وسيأتى نصّه الكامل فى موضعه من الكتاب

حاله؟ قال: على صاحب البختى ديه المقتول، ولصاحب البختى ثمنه على الذى عقر بختيه» (١).

عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: «إنَّ أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفره وجدت فى الطريق مطروحه كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنَّه يفسد وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن، فقيل: يا أمير المؤمنين، لا يدرى سفره مسلم أو سفره مجوسى؟ فقال: هم فى سعة حتَّى يعلموا» (٢).

ثم إنَّ المالىة على أنحاء:

منها: أن يكون الشىء فى ذاته ثميناً كالجواهر.

ومنها: أن تكون المالىة بحسب القلَّة والندره، كالفاكهه فى بدايه موسمها.

ومنها: أن يكون تفاوت المالىة بحسب الزَّمان، كالملابس الشتويَّة، فإنها فى فصل الشتاء أغلى منها فى فصل الصيف، وكذا بالعكس.

ومنها: أن تكون متفاوتة بحسب البلاد، فيكون الثوب مثلاً فى مكانٍ أغلى منه فى غيره.

ومنها: أن يكون بحسب كونه جديداً أو عتيقاً.

ومنها: أن يكون بحسب الجوده وعدمها.

ص: ٣٣٦

١-١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٥١، الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان، الرِّقم: ٤

٢-٢) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤٦٨، الباب ٢٣ من أبواب اللقطة، الرِّقم: ١

فالتفاوت القيم أنحاء كثيرة... وعلى الضامن تدارك الخساره، ويدلّ إجماعهم على أنّ المثلى بالمثل على وجوب تدارك المالىه فى ضمن المثل، والمثلى ما كان له ما يساويه فى الإندراج تحت جامع واحدٍ ويساويه فى المالىه ويكون له الغلبه فى الوجود. وأما إذا لم يكن للشىء مثل أو كان نادر الوجود، فالمتفاهم عرفاً دفع الثمن، وهو المتمحّض فى المالىه، وهو الدرهم والدينار. وأما لو وجد المماثل لكنّ القيمه متفاوتة بحسب الزمان أو المكان، فالواجب دفع القيمه أو المثل مع تدارك التفاوت. فهذا مقتضى أدلّه الضمان، وهى الدليل الوحيد على الوجوب، وهو موكول إلى نظر العرف، وليس نظره إلّما ذكرناه(١).

قال الشيخ:

ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد. انتهى.

أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة قيمه السوقية للمثل... فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف... ووجهه: عموم النصّ والفتوى بوجوب المثل في المثلى.

ويؤيّد: فحوى حكمهم بأن تنزل قيمه المثل حين الدفع عن يوم التلف لا- يوجب الانتقال إلى قيمه، بل ربّما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المائيه، كالماء على الشاطئ والتلج في الشتاء.

١ - كثرة الثمن بسبب زياده قيمه السوقيه

أقول:

لقد استدّل الشيخ لوجوب الشراء في صورته زياده قيمه السوقيه - ولو بأضعاف قيمه التالف يوم تلفه - بوجهين:

الأول: الإجماع، قال الشيخ في الخلاف: لو غصب ما له مثل، كالحبوب

ص: ٣٤١

والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتريه بأى ثمن كان، بلا خلاف (١).

وفي المبسوط: يشتريه بأى ثمن كان إجماعاً (٢).

لكنّ معقد هذا الإجماع هو «الغصب» وبحثنا في المأخوذ بالعقد الفاسد، فلا يتم الاستدلال به، إلّا بالنظر إلى كلام ابن إدريس حيث قال في المأخوذ بالعقد الفاسد: «إنه يجرى مجرى الغصب عند المحصّلين من أصحابنا» (٣).

والثاني: عموم النصّ والفتوى.

ثم أريد ذلك بالأولويّة من حكمهم بدفع المثل في صورته تنزّل القيمة، إذ الضابط هو المثليه، وإذا كانت المثليه مع التنزّل محفوظة، فهي مع الزيادة محفوظة بالأولويّة، لأنّها في هذه الصّوره موجوده مع زياده.

٢ - كثرة الثمن بسبب عدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بالأزيد

إشاره

قال:

وأما إن كانت لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس... فالظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارته القواعد... ولكنّ الأقوى مع ذلك وجوب الشراء... لعين ما ذكر في الصّوره الاولى.

فذكر للقول بعدم الضمان في هذه الصّوره وأنه ينتقل إلى قيمه وجهين:

ص: ٣٤٢

١-١) الخلاف ٣ / ٤١٥

٢-٢) المبسوط ٣ / ١٠٣

٣-٣) السرائر ٢ / ٢٨٥

أحدهما: إنَّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم.

والثانى: إنَّ الحكم بوجوب شراءه بأضعاف قيمه ضررى.

ثم حكم مع ذلك بوجوب الشراء، مستدلًا بالإجماع وعموم النصِّ والفتوى، فلا فرق بين الصورتين.

النظر فى كلام الشيخ فى الصورتين

أقول:

وفيما أفاده نظرٌ من جهات:

أمَّا استدلاله بالإجماع فى الصوره الاولى، ففيه:

أولاً: إنَّ الإجماع فى المسائل الإجتهدية غير كاشف عن رأى المعصوم.

وثانياً: إن «لا خلاف» لا يصدق عليه «الإجماع».

وثالثاً: إنَّ معقد إجماع الشيخ هو الغصب، وقد ذكرنا أنَّ فى الأخذ بالبيع الفاسد أربعة وجوه، ولا يصدق الغصب إلأى الرابع منها، وهو ما إذا كان البائع جاهلاً بالفساد والمشتري عالماً به؛ فدعوى الإجماع فى الغصب - لو تَمَّت - لا ربط لها بما نحن فيه على إطلاقه.

ورابعاً: إنه لو اريد تتميم الاستدلال بالإجماع بكلام ابن إدريس - كما سبق - .

ففيه - بعد تسليم أن قوله «عند المحضِّين» يجرى مجرى الإجماع - أنَّ الإجماع دليل لئبى، والقدر المتيقن من هذه الدعوى هو: أن المأخوذ بالعقد الفاسد بمنزله المغصوب فى عدم جواز التصرف.

ص: ٣٤٣

وأما الاستدلال فيها بعموم النصّ والفتوى، ففيه:

أما الفتوى، فلا يستدلّ بها في مسأله من المسائل، كما لا يخفى.

وأما النصّ، فليس في شيء من نصوص الضمان تعرّض للمثل أصلاً، وتبقى الآية المباركه «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (١)، وقد تكلمنا عليها بالتفصيل، وحاصله عدم صحه الاستدلال بها لضمان المثل أبداً.

وتلخص: عدم الدليل على ضمان المثل في الصوره الأولى.

وأما تأييد ذلك بالفحوى على ما ذكرنا في تقريره (١)، ففيه:

إنه ليس الكلام في صدق عنوان المماثله مع زياده قيمه السوقيه، إذ

ص: ٣٤٤

١-١) سورة البقره: ١٩٤

لا- ريب فى ذلك، بل هو فى أنه إذا زادت القيمه السّوقيه للمثل، فهل يجب شراؤه أولاً؟ وأى ربطٍ لحكمهم بجواز دفع الضّامن للمثل إذا تنزّلت قيمته وأنه ليس للمالك إلزامه بدفع التفاوت، بمسأله ما إذا زادت قيمته فى السّوق؟

إنه لا ربط لتلك المسأله بمسأله الزّيادة، فضلاً عن الأولويّه؟

والحاصل: إن جواز الإكتفاء بدفع المثل إذا نقصت قيمته مسأله، ووجوب شراءه إذا زادت قيمته أو عدم وجوبه مسأله اخرى.
فسقط التأييد كذلك.

لقد تقدّم منا أنّ المتّبع هو الفهم العرفى فى كلّ موردٍ أو كلّ الشارع فهم موضوع حكمه إلى العرف، وهذه الكبرى منطبقه على الرّوايات المتواتره فى الضمان بمشتقاته، لأنّه لم يرد فيها أى بيانٍ للمراد من «الضمان»، فكان المرتكز عند العرف من هذا اللفظ هو المراد، وقد ذكرنا أنّ الضمان فى اللغه والعرف هو الكفاله، وعليه، فالمتلف كفيلاً وعهدته مشغوله بإرجاع المتلف إلى صاحبه، فإنّ كان له مثل وجب عليه دفعه، لأن إعطائه بمثابه إرجاع التالف، وإن لم يكن له مماثل، وجب دفع قيمته.

فقولهم: المثل فى المثلى والقيمه فى القيمى، متّخذ من الفهم العرفى للفظ الضمان الوارد فى النصوص والموكول فهمه إلى أهل العرف، وقد بيّنا معنى «المثل» و«القيمه» أيضاً.

وعليه: فإنّ الواجب على الضّامن حيث يتمكّن من «المثل» دفعه، سواء زادت قيمته أو نقصت، وهذا هو الصّحيح فى الاستدلال فى كلتا المسألتين.

فإن قلت: الحكم بوجوب شراء المثل بأضعاف قيمته يوم تلفه،

ضررى، فهو منفى بقاعده لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام.

قلت:

أولاً: إنه ينتقض بمورد نقصان قيمه، فإن تجويز دفع المثل فى هذه الحاله ضرر على المالك، فتنفيه القاعده.

وثانياً: إن قاعده نفى الضرر بمنزله الشارح للأحكام الأوليه، والضرر مانع عن ثبوت الحكم، أما إذا كان الضرر هو المقتضى للحكم، فمثله لا يرتفع بالقاعده، ولذا يرتفع بها الوضوء الضررى ولا يرتفع بها الزكاه والجهاد ونحوهما... وما نحن فيه من هذا القبيل لا من ذاك (١).

ص: ٣٤٤

وهذا كله في الصورة الاولى.

وأما في الصورة الثانية، ففي استدلاله - لوجوب الشراء كذلك - بالإجماع والعموم ما عرفت.

أما عدم جريان قاعده نفى الضرر هنا في نظر الشيخ، فقد قرّبه المحقق الخراساني بقوله:

«وذلك، لأن ضرر الضامن في الشراء بأزيد من ثمنه، يزاحم بضرر المالك في منعه عما يستحقّه من المثل، فيبقى ما دلّ على الضمان بالمثل بلا مزاحم، وعدم العلم باستحقاقه للمثل شرعاً لا ينافي استحقاقه له عرفاً واعتباراً، وهو كاف في صدق الضرر حقيقة» (١).

وبعبارة اخرى: إنّ قوله صلى الله عليه وآله: لا ضرر... حكم امتنانيّ لطبيعيّ الأُمَّة الإسلاميّه، وترتب الضرر بسببه على بعض أفراد الأُمَّة خلاف الامتنان ومستلزم للتناقض، لأنّ الموجه الجزئيّ نقيض السّالبه الكلّيّه، وفيما نحن فيه، جريان القاعده بالنّسبه إلى الضامن ليرتفع عنه وجوب الشّراء، يستلزم الضّرر على البائع، وذلك مانع عن جريانها في حقّ الضامن.

وربما يقال في تقريب عدم اعتناء الشيخ بقاعده لا ضرر: بأن هذه

ص: ٣٤٧

(١ - ١) حاشيه المكاسب: ٣٦

القاعده لا تشمل ما نحن فيه، إذ لا ضرر في نفس الشراء، وإنما هو في مقدمته، أعني بذل المال، وهو لا يسرى إلى ذى المقدمه (١).

والإنصاف عدم تماميه هذا الوجه، لأن ارتفاع وجوب المقدمه يلازم ارتفاع وجوب ذى المقدمه، والترخيص فيها ترخيص فيه، فإذا لم يجب بذل المال لم يجب الشراء لا محاله.

وبعبارة اخرى: عدم الشيء تاره: يكون بعدم وجود علته، واخرى:

بارتفاع ما يكون علته لوجوده، وثالثه: بإيجاد العلة لعدمه. ورابعه بعدم وجود حكمه، إذ عدم الموضوع في عالم التشريع يكون بعدم حكمه لاتحادهما فيه، وخامسه: بعدم وجود المقتضى لوجوده، مثلاً: وجوب الوضوء يقتضى وجود الوضوء خارجاً، فإذا كان الوضوء ضرورياً ارتفع وجوبه وبارتفاعه يرتفع الوضوء نفسه.

وعلى هذا، فإذا كانت مقدمه الحكم المقتضيه لوجوده ضرورياً وارتفعت بالقاعده، فذو المقدمه - وهو الحكم - يرتفع بارتفاعها، لأن المقدمه سبب لذى المقدمه، وبارتفاع السبب يرتفع المسبب.

تحقيق المقام

والتحقيق: إنه إن كان انحصار المثل بالفرد بمثابة كونه معدوماً، فوجوب شرائه ساقط - لأن المرتكز من أدله الضمان الملقاه إلى العرف هو الفرد المتداول من المثل - وينتقل الحكم إلى قيمه، وأما إذا لم يصل إلى تلك المثابه، فالشراء بأى ثمن واجب، لا لعموم النص والفتوى كما عليه الشيخ،

ص: ٣٤٨

بل لما ذكرنا مراراً من إيكال الشارع فهم الضمان إلى العرف، ومن الواضح عند العرف أن الأمر بدفع المثل يقتضى كونه متداولاً وإلا تلزم لغويته، فإذا كان متداولاً وجب شراؤه ولو بأضعاف مضاعفه، ولا أثر لقاعده نفي الضرر، لا لما ذكروا، بل للفرق بين مقدمه الواجب التكليفي وبين مقدمه الواجب الوضعي، أما في الأول، فإذا كانت المقدمه ضرريه انتفى وجوب ذى المقدمه، وأما في الثانى فلا، والضمان من هذا القبيل، وكذا الدين، فإنه يجب أدائه وإن كانت مقدمته ضرريه، لاستقلال العقل بوجوب الخروج عن العهده، والقاعده لا ترفع الحكم العقلي. وكذا الكلام فى الكفارات والديات والملكيه والنجاسه... إلى غير ذلك.

وتلخص: أنه إذا كان المثل إنما يوجد عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس، وهو غير متداول فى السوق وكان بمثابة المعدوم، فلا تردّد فى الإنتقال إلى قيمه، لا لقاعده لا ضرر، بل لما ذكرنا من ظاهر أدله الضمان بعد إيكال أمره إلى العرف، وأما إذا لم يكن بتلك المشابهه، فالشراء واجب، لا- لعموم النصّ والفتوى - لما عرفت ما فيه - بل لظاهر أدله الضمان كذلك، وقاعده لا- ضرر غير مانعه عن ذلك، لا- لما ذكر، لما عرفت، ولأنّ رفع الحكم مع بقاء موضوعه يستلزم انفكاك المعلول عن العله، وهو محال، وما يلزم منه المحال محال.

وهنا بيان آخر، وهو:

إنه إذا توجه الحكم التكليفي الشرعي إلى طبيعته، كأن قال: الصلاة واجبه، فكان فرد منها ضررياً، ارتفع الوجوب عن الفرد بقاعده لا ضرر، فهي فى الحقيقه مخصّصه مانعه، وأما لو كان الحكم متوجّهاً إلى موضوع ضررى

استحال ارتفاعه بالقاعده، لأنّ الشىء لا يمنع عن نفسه... وعليه، فلا يعقل أن تكون القاعده مانعاً عن دفع المثل، لأن ضمان المثل ودفعه ضررى.

حكم ما لو سقط المثل عن المائيه فى زمن الدفع

بقى قول الشيخ:

بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن المائيه، كالماء على الشاطئ والثلج فى الشتاء.

أقول:

فيه خلاف، فعن جماعه: تجب قيمه التالف فى زمانه أو مكانه، وعن آخرين - ومنهم صاحب الجواهر (١) - القول بوجوب المثل، لأن مائيه الشىء اعتباريه ولا تدخل ضمن الضمان.

وقد ائيد بصحيحه العباس بن صفوان: «سأله معاويه بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شىء، ألساحب الدراهم الاولى...؟ فقال عليه السلام: لساحب الدراهم الاولى» (٢).

وفيه نظر، لأن المائيه نقصت لأنها زائله. هذا أولاً. وثانياً: إنّ المائيه منظوره فى الضمان، وما لا مائيه له لا ضمان له، وما لا مائيه له لا يخرج به عن الضمان.

ص: ٣٥٠

١-١) جواهر الكلام ٣٧ / ٩٩

٢-٢) وسائل الشيعه ١٨ / ٢٠٧، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الرقم: ٤

قال الشيخ:

ثم إنه لا فرق في جواز مطالبه المالك بالمثل، بين كونه في مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته في مكان المطالبه أزيد من قيمته في مكان التلف أم لا...

وفي السرائر: أنه الذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلة واصل المذهب. وهو كذلك، لعموم: الناس مسلطون على أموالهم.

هذا مع وجود المثل في بلد المطالبه، وأما مع تعذره فسيأتي حكمه.

أقول:

قيل (١): ليس له المطالبه إلأى بلد التلف، إلأأن يكون بلد المطالبه من البلدان التي نقل العين إليها.

ولعله، لأن الضمان يكون مع العين أين ما كانت، فكما لو كان المالك موجوداً في إحدى البلدان التي نقلت إليها وطالبه بها في ذلك البلد، كان على المشتري ردّ العين، وكان عليه دفع مثلها لو تلفت هناك، كذلك للمالك أن يطالبه بالمثل بقيمه ذاك البلد وإن كان التلف في غيره، إذ يكفي كونه بلد الضمان، كما لو سلم المبيع سلماً في غير بلد المعاملة، وإن كان المنصرف إليه تسليمه فيه.

ولكن مقتضى الأدلة هو جواز المطالبه في أي بلد وإن زادت قيمته فيه على بلد التالف، كإطلاق قاعده السِّلَطْنَه، فإنّ الشيء إذا تلف كان للمالك مثله

ص: ٣٥١

فى ذمه المتلف، فله أخذه متى شاء وأين شاء، لأن معنى الحديث: أن الناس مسلطون على أموالهم فى أى زمانٍ، وفى أى مكان، وكذا بأى ثمنٍ، لأن مماثل الشيء ما كان مشتركاً معه فى الخصوصيات، وأما ماليته فأمر اعتبارى خارج.

بل يمكن الاستدلال لذلك بإطلاق قوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» إذ لا ريب فى دلالة على جواز التقاص، وحينئذٍ، فمقتضى إطلاقه عدم الفرق بين مكانٍ أو زمانٍ وآخر.

قال الشيخ:

لو تعذر المثل في المثلى، فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك، لأن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر فوجبت قيمه، جمعاً بين الحقيين، مضافاً إلى قوله تعالى «فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ...»

أقول:

قال جماعه بالانتقال إلى قيمه مطلقاً، وفصل الشيخ - والحق معه - بين مطالبه المالك وعدم مطالبته، لأن الوجود الخارجى لا دخل له فى المثليه حتى يقال بخروج الشيء عن المثليه إذا تعذر المثل فى الخارج.

حكم دفع قيمه مع المطالبه

وقد استدلل الشيخ على وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك: بأنه مقتضى الجمع بين الحقيين، وبالآيه المباركه.

والتحقيق أن يقال: تارة: يتعذر الشيء إلى الأبد، واخرى: يتعذر فى زمانٍ خاصٍ دون غيره، وثالثه: يتعذر فى مكانٍ دون غيره. وما فى جامع

ص: ٣٥٣

المقاصد (١) من أنّ التعذّر أمر عرفي، فغريب، إذ لم ترد الكلمه في نصّ حتى يقال بالرجوع إلى العرف في مفهومها، ورابعه: يتعدّر تحصيل الشيء على الضامن وإلا فهو موجود في الخارج، وعجزه عن تحصيله قد يكون فعلاً وقد يكون إلى الأبد.

فإن كان الشيء متعذراً إلى الأبد، أو كان الضامن عاجزاً عن تحصيله كذلك، فلا حقّ للمالك أن يطالب بالمثل، كما لا حق للضامن أن يستمهل، بل يجب عليه دفع القيمة بمجرد المطالبه.

وإن كان الشيء متعذراً في زمانٍ أو مكانٍ، فطالب المالك بالقيمه، واستمهل الضامن حتى يأتي بالمثل في الزمن اللاحق أو من بلدٍ آخر، فلا مجال لشيء من الوجوه المذكوره.

إذن، ليس وجوب دفع القيمة على إطلاقه.

أما الوجه الأول: فالظلم عباره عن منع الغير عن حقه، فلا بدّ أولاً من إثبات حقّ المطالبه بالقيمه - مع تمكّن الضامن من دفع المثل - حتى يكون منعه ظلماً، لكنّ استحقاق المالك لقيمه التالف أول الكلام، لأنّ الضمان كان بالمثل، وليس له المطالبه بقيمه المثل، لأنه لم يضمن المائيه في عرض الخصوصيات، لأنّ المائيه في طولها، والمفروض هو التمكّن من تسليم المثل بخصوصياته، فلا تصل النوبه إلى المائيه حتى يجوز له المطالبه بالقيمه.

وأما الوجه الثاني، وهو الاستدلال بالآيه، لما ذكره الشيخ بقوله:

ص: ٣٥٤

فإنَّ الضَّامن إذا الزم بالقيمه مع تعذّر المثل لم يعتد عليه بأزيد ممّا اعتدى.

ففيه: إن كانت الآيه تدلّ على الضَّمان، كما تقدّم في الفرع الرابع، كان معناها: أنّ المعتدى ضامن بمثل ما اعتدى، والمفروض عدم تحقق اعتداء آخر يوجب الضمان بالقيمه، فما وجه الاستدلال بها لضمانها؟ وإن كان معناها: تجويز التقاصّ، بأن يأخذ المعتدى عليه كما أخذ المعتدى، فمن الواضح أن مورد التقاصّ هو صورته الامتناع، والمفروض عدمه من الضَّامن غير أنه يستمهل. هذا أولاً.

وثانياً: مقتضى الاستدلال المذكور جواز المطالبه بالقيمه مع وجود المثل - لأنه لم يعتد عليه بأزيد ممّا اعتدى - ولا يقول به أحد.

فظهر سقوط وجهى الشَّيخ رحمه الله.

وأضاف السيد (1) دليلين آخرين:

أحدهما: إنّ المثل عباره عن الواجد للخصوصيات والماليه، وكلّ ذلك مستقرّ في ذمّه الضامن وللمالك المطالبه بذلك كلّه، وحينئذٍ، يجوز له رفع اليد عن الخُصوصيات والمطالبه بخصوص الماليه، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الناس مسلّطون على أموالهم.

والآخر: صبر المالك حتى يحصل المثل ضررى، فلا يجوز إلزامه به.

لكنّ ما ذكره سهو من قلمه، لأنه إذا تلفت العين زالت خصوصيّه الشخصيّه، وأمّا بقيه الخصوصيات الصنفيّه والنوعيّه، فبإقيه، والماليه صفه قائمه بالخصوصيات لا أنّها خصوصيّه في عرضها اشتغلت بها ذمّه الضَّامن

ص: ٣٥٥

كذلك، فللمالك المطالبه بالمثل ذى المائيه لا المطالبه بالمائيه، إذ لا معنى لأن يطالب بالصفه دون الموصوف.

وبعبارة اخرى: لم يكن المتلف ضامناً للقيمه - أى الدينار والدرهم - إلى جنب المثل، حتى يكون صاحب المال التالف مالكاً لها فى ذمه الضامن، وإنما هى أمر اعتبارى متعلق بالمثل، فهى لم تكن مورداً لسلطنه المالك حتى يستدل بقاعده السلطنه.

وأما أن صبره ضررى، ففيه: إنه ليس الصبر ضررياً، ولا- أن هنا حكماً شرعياً ضررياً، حتى يرتفع بقاعده لا- ضرر على كلا المسلكين فيها، نعم، عليه أن يصبر، لأجل تعذر المثل، والمفروض عدم استحقاقه للقيمه.

إن قلت: عدم إيجاب الشارع لإعطاء القيمه ضررى، لأنه يستلزم الصبر وهو ضرر، فينقلب إلى نقيضه وهو وجوب الإعطاء.

قلت: إن القاعده ناظره إلى الأحكام وحاكمه على الأدله، ولم يكن عدم إيجاب القيمه على الضامن حكماً مجعولاً حتى يرتفع بالقاعده، بل إنه من ارتفاع الحكم بارتفاع موضوعه (١).

هذا كله فى صورته مطالبه المالك.

حكم دفع القيمة مع عدم المطالبة

قال الشيخ:

وأما مع عدم مطالبه المالك، فلا دليل على إزمائه بقبول القيمة، لأنّ المتيقن أن دفع القيمة علاج لمطالبه المالك وجمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة وحق الضامن لعدم تكليفه بالمعذور والمعسور، أمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على

ص: ٣٥٧

سقوط حَقِّه عن المثل.

أقول:

هذا يبتنى على المسالك في بدليته القيمه عن المثل في القيميات، فإن كان هو تعذر المثل ولو آنأماً، فالبدليه متحققه، لأن المفروض تعذر المثل، وإن كان هو مقتضى أدله الضمان الموكول فهمه إلى العرف، فإنه إذا كان التعذر عند العرف موجباً للبدليه، فهو التعذر في جميع الأزمنه، دون التعذر فعلاً، ومع فرض التمكّن من المثل في وقت آخر لا ينتقل إلى القيمه، وليس للضامن إلزام المالك بأخذها، والله العالم.

فإن قلت:

إنّ التعذر عباره عن عدم إمكان الأداء، واعتبار ثبوت ما لا يمكن أدائه على عهده الضامن واشتغال ذمته به لغو، وحينئذٍ ينتقل إلى القيمه، فيجوز للمالك المطالبه بالقيمه وللضامن إلزامه بقبولها مع عدم مطالبته، فلا يبقى للتفصيل بين صوره المطالبه وعدمها وجه.

قلت:

أولاً: إنّ الاعتبار الوضعي يغير التكليف، فلو تعذر متعلق التكليف لم يعقل فعلية التكليف، لأنّ الفعلية عباره عن التحريك وهو والتحرك متضائفان، ولا ينفك أحدهما عن الآخر، كما أنّ التحريك والحركه واحد حقيقه، فإذا امتنع أحدهما امتنع الآخر، ولذا قلنا باستحاله الواجب المعلق عقلاً. أمّا اعتبار الحكم الوضعي فعلاً بلحاظ الأثر المترتب عليه فيما بعد، فلا مانع منه.

ص: ٣٥٨

وثانياً: قد ذكرنا أنّ الضّمان بمعنى الكفّاله والكون في العهده، فهو ضامن للعين التالفه، والمعتبر هو كفالتها، ومن الأحكام الشرعيّه والعرفيه في كفاله المثليّات هو أنّ إعطاء المثل بمنزله إرجاع العين، فالمشتغل به الذّمه هو الكفاله لا المثل حتّى يقال بالانقلاب إلى قيمه بسبب التعذّر.

وتلخّص:

إنه مع إمكان تحصيل المثل في الزّمان الآتي أو في مكانٍ غيره، ليس للمالك المطالبه بالقيمه، كما أنه ليس للضّامن إلزامه بأخذها، اللهم إلّا إذا تراضيا وتصالحا، فذاك أمر آخر.

هذا كلّه في المتعذّر فعلاً الممكن تحصيله فيما بعد.

وأما إن كان متعذّراً إلى الأبد في جميع الأزمنه والأمكنه، والمفروض تمكّنه من ماله العين التالفه، وجب عليه دفع قيمه لقيامها مقام الماليه.

وحينئذٍ، يقع البحث في أن الواجب دفع قيمه أيّ يوم.

قيمه أيّ يوم يدفع؟

قال الشيخ:

المشهور أنّ العبره في قيمه المثل المتعذّر بقيمته يوم الدفع... ويحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل وهو للحلّى... .

أقول:

إذا تعذّر المثل بقولٍ مطلقٍ كما هو المختار أو بالفعل كما عليه الشّيخ، ووجب دفع قيمه، فهل الواجب دفع قيمه المثل المتعذّر أو العين التالفه؟

ص: ٣٥٩

الظاهر هو الثانى، لأنه المضمون، فعليه دفع بدله وهو قيمه، وسيأتى توضيحه.

وقيمه أى يوم؟ يوم يدفع؟ يوم التعذر أو يوم المطالبه أو يوم الأداء أو يوم التلف؟

أما يوم الأداء والدفع، فقد ذكر الشيخ دليله بقوله:

لأن المثل ثابت فى الذمه إلى ذلك الزمان ولا دليل على سقوطه بتعذره....

أما الأول، فقد ذكر الشيخ دليله. بقوله:

لأنه وقت الإنتقال إلى قيمه.

ثم أشكل عليه فقال:

ويضعفه أنه إن أريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمه إلى قيمه فى ذلك الوقت، فلا دليل عليه. وإن أريد عدم وجوب إسقاط ما فى الذمه إلا بالقيمه، فوجوب الإسقاط بها وإن حدث يوم التعذر مع المطالبه، إلا أنه لو أخرج الإسقاط بقى المثل فى الذمه إلى تحقق الإسقاط، وإسقاطه فى كل زمان بأداء قيمته فى ذلك الزمان، وليس فى الزمان الثانى مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط فى الزمان الأول.

هذا بناءً على أن عليه قيمه المثل المتعذر.

وأما بناءً على التحقيق من أن عليه دفع قيمه العين التالفه، لا المثل المتعذر، إذ خساره إنما وردت على العين، وقد وجب عليه دفع المثل بمناسبه أن دفعه بمنزله إرجاع العين، فهو فى الحقيقه ضامن للعين المقبوضه فكان المثل يتدارك به العين التالفه، وإذا تعذر فضمانه بالنسبه إلى

العين باق، فالواجب عليه دفع قيمه - أى الدينار والدّرهـم - بدلاً عن مائيه العين التالفه - بقيمه يوم التعذر... .

وهذا بيان مطلب الشيخ، وإن كانت عبارته مشتبهه، إذ قال:

ولكن لو استندنا في لزوم قيمه في المسأله إلى ما تقدّم سابقاً من الآيه ومن أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو: وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيروره التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل، إذ لا فرق... ما نحن فيه.

وقال المحقق الخراساني معلقاً على قول الشيخ: لأن المثلي ثابت في الذمه: هذا على المشهور من اشتغال الذمه بالمثل. وأما على ما هو ظاهر الأدله، فلأن العين باقيه على العهده إلى ذاك الزمان، فيكون العبره بقيمه يوم الدفع لأنها قيمه العين لا المثل (1).

وتقريبه هو: إن العين الخارجيه كانت مركبه من ماهيه الوجود، فلما تلفت انعدم وجودها، لكن ماهيتها وهي عباره عن الكلي الطبيعي موجوده اعتباراً في ذمه الضامن، وحينئذ يكون مكلفاً بإيجاد المصداق للكلي وهو المثل، لكون التالف مثلياً، ودفعه إلى المالك حتى يخرج عن العهده، وهذا اللحاظ نقول بأن المثلي يضمن بمثله، لكن المثل متعذر والأمر الاعتباري المذكور لا يزال موجوداً، فلا وجه للقول بتبدله إلى قيمه بسبب تعذر المثل، بل إنه إذا أراد تفرغ ذمته وجب عليه دفع قيمه يوم الأداء.

ص: ٣٦١

وتلخص إلى هنا:

أن في المسألة قولين:

أحدهما: قيمه يوم تعذر المثل، وهو الذي حكاه الشيخ عن جماعه.

والثاني: قيمه يوم الأداء، وهو الذي نسبه إلى المشهور.

وهنا قول ثالث - وهو مقتضى التحقيق - وهو: إن بقاء الشيء اعتباراً في الذمه على الوجه المذكور أمر لا يقبل الإنكار، ولكن هل هذا هو المستفاد من أدله الضمان؟ إن مدلول تلك الأدلة - كما تقدم مراراً - هو كفاله من تلفت العين بيده وكونها في عهده، وأن عليه تفرغ ذمته بأدائها إلى مالكها، فإن كان لها مماثل حصل التدارك بدفعه، ومع تعذره يتدارك التالف بمالتيه وهي عباره عن الدرهم والدينار المعبر عنها بالقيمه، فالواجب دفع قيمه التالف يوم تلفه.

وهذا ما يفهمه العرف من أدله الضمان.

قال الشيخ:

ثم إن في المسألة احتمالاتٍ أخرى... وحاصل جميع الاحتمالات...

أقول:

وملخص الكلام أنه يحتمل أن يكون الواجب دفع قيمه:

١ - يوم قبض المبيع، لكونه مبدء الضمان وضع اليد على الشيء.

٢ - يوم التلف، لأنه ما دامت العين موجوده فالواجب إرجاع نفسها، ولما تلفت ومثلها متعذر، وجب دفع قيمتها يوم تلفها.

ص: ٣٦٢

٣ - يوم التعذر.

٤ - يوم المطالبه.

٥ - يوم الأداء.

٦ - إن الواجب دفع أعلى القيم من حين القبض إلى يوم الأداء.

٧ - من حين القبض إلى يوم المطالبه.

٨ - من حين القبض إلى يوم التعذر.

٩ - من حين القبض إلى يوم التلف.

وقيمه المثل:

هو أعلى القيم من حين تعذره إلى يوم المطالبه، أو إلى يوم التعذر، أو من حين تعذره إلى يوم التلف أو إلى يوم الأداء؟

وهي احتمالات كثيرة، إلّا أنه لا حاجة إلى البحث عنها، بعد أن ذكرنا المهمّ منها والمختار من بينها، وملخص ذلك:

إن المثل إذا تعذر ينتقل إلى قيمه، إما قيمه المثل نفسه أو قيمه التالف، فمقتضى الاعتبار العقلي وجوب دفع قيمه المثل وإن كان بينها وبين قيمه التالف فرق، وذلك، لأن التالف هو الوجود الخارجى للشئ وماهيته موجوده اعتباراً فى الذمه، فيجب عليه الوجود الآخر المماثل للوجود الأول الذى تلف، وإذا تعذر الوجود الثانوى وجب عليه دفع قيمته.

ولكن هذا الاعتبار العقلي تام ثبوتاً، أما إثباتاً، فإنّ تنزيل أدلّه الضمان على هذه الدقه العقلية، غير ممكن، بل ظاهرها أنّ المثل إنّما وجب ليتدارك

به الخساره الوارده بتلف العين، فإذا تعذّر ووجب الإنتقال إلى القيمه، فإن الواجب دفعه هو قيمه التالف.

وبعد هذا، فما هو المراد من التعذّر أو الفقد أو الإعواز كما في عباراتهم؟

في المراد من التعذّر وإعواز المثل

قال الشيخ:

ثم إن المحكّي عن التذكرة أن المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد وما حوله. وزاد في المسالك قوله... وعن جامع المقاصد... ويمكن أن يقال... نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمه عند الإعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد...

أقول:

ظاهر الشيخ أن جامع المقاصد أرجع معنى «الإعواز» إلى العرف، ولا تخفى غرابته، لأن الكلمه لم ترد في نصّ حتى يرجع في مفهومها إلى العرف، لكنّ الصحيح أنّ جامع المقاصد يريد الرجوع إلى العرف في معرفه مفهوم «حوالى البلد» لا في مفهوم «الإعواز»، وهذه عبارته: «واعلم أن المراد من تعذّر المثل أن لا يوجد في ذلك البلد وما حوالية، كذا ذكر في التذكرة، ولم يحد ما حوالية، والظاهر أن المرجع فيها إلى العرف» (1).

وعلى الجملة، فهنا قولان: أحدهما: أن المراد هو البلد وما حوله ممّا ينقل عادةً منه إليه، كما ذكروا في انقطاع السّلم فيه، وقد أشار الشهيد الثانى

ص: ٣٦٤

بهذا النظر إلى النصوص في السلم، كقوله عليه السلام: الحلبي سئل أبو عبد الله عن رجلٍ يسلم... فسأل صاحب الحق... قال: لا بأس... .

والقدره المتعارفه عباره عن القدره في البلد وما حوله، ونقيض ذلك:

عدم القدره على الشيء في البلد وما حوله.

والإنصاف: عدم تماميه الاستدلال بأخبار السلم لما نحن فيه، إذ الظاهر في السلم هو انصراف العقد إلى الكلي المقدور عليه في البلد وحواليه، لأن القدره على التسليم من الشرائط، وهي القدره المتعارفه المذكوره، ولا ربط لذلك بما نحن فيه.

والثاني: إنه غير محدود بحدٍّ، لأن مورد البحث - كما هو ظاهر كلماتهم - هو التعذر الموقت لا التعذر مطلقاً، وليس في البين نصٌ يدلُّ على أن المقصود من «المثل» ما يقع تحت اليد بسهولة ولا مؤنه زائده، بل مقتضى نصوص الضمان في أن على الضامن الخروج عن عهده الكفاله بدفع المثل النازل بمنزله التالف، هو وجوب تحصيل المثل في أي بلد كان أو في أي زمان، كما كان مكلفاً بإرجاع نفس العين إن أخذها إلى بلادٍ نائية، بلا فرق... وقد تقدّم الجواب عن دعوى مانعيه قاعده نفى الضرر عن ذلك.

والقول الثاني هو المختار.

والحاصل:

إن على الضامن أن يرجع العين إلى صاحبها وإن استلزم المؤونه الكثيره، بل لو فرض إمكان إعاده المعدوم وجب عليه ذلك، وإن تلفت وجب عليه دفع المثل، وإن تعذر فهو ضامن للماليه، وهذا حكم وضعي

ص: ٣٦٥

يجب عليه الخروج عن عهده.

ثم إن الأحكام الوضعيه على أنحاء:

فمنها: ما هو مطلق، كالقرض.

ومنها: ما هو مقيد بقيد، كالحليه في الذبيحه، فإنها مقيده بأن لا يكون الذابح محرماً، وديه القتل مقيده بأن يكون شبه العمد، وملكيه اللقطه مقيده بأن لا تكون في الحرم... وهكذا....

فالأحكام الوضعيه تجعل تارة على الإطلاق واخرى مقيدة.

فهل ضمان المثل مطلق أو مقيد بقيد قدره؟ وعلى الثاني: فهل المراد القدره العقليه، بأن يجب عليه تحصيلها بأي مؤونه، أو القدره المتعارفه، فلو كان مثل العين التالفه عند شخص لا يبيعه إلا بأضعاف، فلا قدره على شرائه عند العرف، أو المراد هو المتعارف تحصيله ولو من البلاد البعيده، أو خصوص القدره في البلد وما حوله؟

إذن، لا بد من تحرير المراد من «التعدّر» و«الإعواز» وعدم القدره على المثل، فنقول:

إن الظاهر المتفاهم عرفاً من أدله الضمان، هو المقدور بحسب المتعارف ولو من البلاد البعيده، ويقابله الإعواز والتعدّر، ولو شككنا في المراد من القدره هنا، رجع الشك إلى ضمان الزائد على المقدور عليه بالقدره المتعارفه، والأصل عدمه، فما كان خارجاً عن ذلك فهو المتعدّر، وحينئذٍ، يتدارك العين التالفه بالقيمه، أي بالدينار والدرهم.

وبهذا يرد الاشكال في كلام الشيخ المذكور سابقاً، إذ قال «يجب تحصيل

المثل بأى ثمنٍ كان» مستدلاً بقاعده السلطنه، لأن موضوعها كون الشيء مالاً للناس، وهذا - حيث يكون متعذراً تحصيله عرفاً - أول الكلام.

هل الاعتبار بقيمه بلد المطالبه أو التلف أو الأعلى منهما؟

قال الشيخ:

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبه الضامن بالمثل عند تمكنه ولو كان في غير بلد الضمان، وكانت قيمه المثل هناك أزيد. وأمياً مع تعذره وكون قيمه المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبه، فهل له المطالبه بأعلى القيمتين أم يتعين قيمه بلد المطالبه أم بلد التلف؟ وجوه.

وفصل الشيخ في المبسوط...».

أقول:

هذا مبني على قول المشهور أن المثل في المثلى، وأنه إذا تعذر وجب عليه دفع البدل، ولكنه لم يذكر في الوجوه بلد الأداء.

وقبل الورود في البحث، نذكر مقدمتين:

الأولى: إن اشتغال الذمه ليس بضمان، فلو اشترى شيئاً نسيئاً فدتمته مشغوله بالثمن، لا أنه ضامن له، وفي بيع السلم تشتغل ذمه البائع بالمبيع وليس بضامن له، لأن الضمان - كما تقدم - كون الشيء على العهده، فإن كان له وجود خارجاً وجب عليه إرجاعه إلى صاحبه، أو إلى محلّه كمن أخرج شخصاً من بيته ليلاً فهو ضامن بإرجاعه إلى بيته، وكذا المشتري، فإنه يضمن بدل المبيع ببده المسمى، أو الواقعى - وهو المثل أو قيمه - إن تلف.

ص: ٣٦٧

والحاصل: إنَّ الكفاله يارجاع العين أو بدلها وهي الضَّمان شيء، واشتغال الذمّه شيء آخر. وبعبارة اخرى: إنَّ الضَّمان يتعلّق بالعين، فما دامت موجودهً ويمكن إرجاعها، وجب عليه الإرجاع، وإن كانت موجوده ولا- يمكن إرجاعها، وجب عليه بدل الحيلولة، وإن كانت تالفهً وجب عليه دفع المثل إن وجد، وإن تعذّر وجب على دفع قيمه العين التالفه لا قيمه المثل.

الثانيه: إنَّ التلف من شئون وجود الشيء، والمماثله تنسب إلى الوجود ويقال وجودان متماثلان، والتمكّن والتعذّر من أحوال الوجود، وكذا المائيه، وعليه، فإذا تلف الشيء كان الثابت في الذمّه اعتباراً هو الماهيته، فإن كان لها قابليه الوجود في ضمن فردٍ مشابه للتالف، كان التالف مثلياً وإلّا فهو قيمى، فالمعتبر في الذمّه ليس هو الوجود الخارجى للمماثل، فلا معنى لأنّ يقال بأنّ المثل في الذمّه.

وعلى الجملة، فكلّ شيء إذا تلف انعدم وجوده، فإنّ كانت ماهيته الطبيعیه قابلهً لأنّ تصدق على أفرادٍ متشابهه، فالتالف مثلى وإلّا فهو قيمى.

فظهر: إن القول بأنّ الإنسان يضمن المثل إذا كان التالف مثلياً باطل، لأنّ المثل هو الموجود المماثل للتالف، والوجود لا يأتى إلى العهده والذمّه.

وعلى هذا، فلو حصل المثل فى الخارج، فلا إشكال فى وجوب ردّه وبذلك تبرء الذمّه، وأمّا إذا تعذّر المثل واستقرّ فى الذمّه قيمه التالف، فإنّ كان التلف فى وقت الرّخص وجب عليه قيمه ذلك الوقت، وإن كان فى وقت الغلاء، وجب عليه قيمه ذلك الوقت، وإن كان فى وقت متوسط بين الرّخص

والغلاء، وجب عليه قيمه ذلك الوقت.

وبهذا تعرف: أن لا موضوع للوجوه المذكوره أصلاً.

وكذا الكلام في اجره المثل، فلو جلس في دار غيره غضباً، لم ينظر إلى بلد المطالبه أو التلف وغير ذلك، بل ينظر إلى الوقت الذي وقع فيه الغصب وما كان يحصل عليه صاحب الدار لو أجرها في ذلك الوقت.

وكل ذلك لأنّ الذي يكون على الذمه هو بدل الثيالف مثلاً أو قيمه، فإذا تعدّر المثل وجب دفع قيمه التالف، فإنّ ذلك هو المخرج عن عهده الخساره الوارده على المالك.

حكم ما لو سقط المثل عن المائيه

قال الشيخ:

بقى الكلام في أنه هل يعدّ من تعدّر المثل خروجه عن قيمه، كالماء على الشاطئ إذا أتلّفه في مفازه والجمد في الشتاء إذا أتلّفه في الصيف، أم لا؟ الأقوى بل المتعين: هو الأول....

أقول:

قد ذكرنا أن المضمون هو العين إذا تلفت، وقوام معنى الضمان هو التعهّد بتدارك الخساره المائيه، وأنّ المعبر ثبوته في الذمه هو الماهيه القابله للصدق على مماثل التالف - لا العين الخارجيه ولا مثل العين، إذ لا معنى لاعتبار الوجود الخارجى بخارجيته - وهي المراد من المثل، فالمثلى ما إذا تلف يعتبر في الذمه ماهيته التي لها مصداق في الخارج، وذلك المصداق

ص: ٣٦٩

مماثل للتالف، ونحن، وإن قلنا في البحوث السابقه بأنه يجوز عقلاً- اعتبار ثبوت الماهية في الذمه وأنه يجب دفع المصداق الخارجى، لكننا ذكرنا أن هذا الأمر العقلى مما لا يتبته له أهل العرف الذين القيت إليهم نصوص الضمان وهم المخاطبون فيها.

فعلى مسلكنا المزبور - وهو الصحيح - لا- مناص من الحكم بوجوب دفع القيمة في مسألتنا، لأن ما لا ماله له لا يتدارك به المال، فلا بد من دفع القيمة، وسيأتى بيان ما يجب دفعه.

وربما يظهر من صاحب الجواهر (1) الميل إلى كفايه دفع المثل وإن كان ساقطاً عن المائيه، لوجوه:

أحدها: إنه قد تقرّر عند المشهور أن المثلى بالمثل، فإذا دفعه خرج عن العهده وإن كان خارجاً عن القيمة، فهو كما لو اشترى عيناً بالبيع الفاسد أو غصبها، فكانت حين الرد إلى مالکها خارجة عن القيمة، حيث لا إشكال في خروجه عن العهده بردها إليه كذلك.

والثانى: إن المثل الذى يضمه الضامن هو المماثل للتالف فى الذات والصفات، وأما مائته فلم تكن مضمونه، ولذا يكون دفع المثل مبرئاً للذمه وإن كانت قيمته أقل قيمة التالف. وأيضاً: يجب عليه دفعه وإن كانت قيمته أكثر، ولا يجوز له مطالبه الفرق من المالك، فلو كانت مائه التالف مضمونه لطالب المالك بالفرق فى الفرض الأول والضامن فى الفرض الثانى.

والثالث: ما رواه معاوية بن سعيد فى الصحيح: «عن رجل استقرض

ص: ٣٧٠

دراهم من رجلٍ وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت، ولا يباع بها شيء، أَلصاحب الدراهم الاولى أو الجائزه التي تجوز بين الناس؟
فقال: عليه السلام: لصاحب الدّراهم الدراهم الاولى» (١).

فقوله: «سقطت أو تغيّرت» والسّقوط المقابل للتغيّر عباره عن السقوط عن المائيه بالكليه، دليلٌ على أنّ الواجب دفع المثل وإنْ خرج عن قيمه، والدراهم من المثليات.

والرابع: إنه على فرض الشك في بقاء المثل على الذمه بسقوطه عن قيمه يستصحب بقاءه ويكون إعطاؤه موجباً لفراغ الذمه.

لكنّ الإنصاف عدم إمكان المساعدة على ذلك، لأننا لو سلّمنا اشتغال الذمه بالمثل، فإنه لا موضوعيّة للمثل، وإنما اشتغلت الذمه به لأجل أنّ يتدارك به المال التالف، ولا معنى لأن يتدارك بما لا مائيه له، فإذاً لا بدّ أن يكون مثلاً ذا مائيه حتّى يحصل به التدارك.

وقياس ما نحن فيه بالمبيع بالببيع الفاسد الموجود فعلاً أو المغصوب، في غير محلّه، لأنّ الضمان هناك ضمان اليد، وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدّي، فعليه أداء العين المفروض بقاءها، سواء كانت باقيةً على قيمتها أو زادت أو نقصت، والضمنان فيما نحن فيه ضمان الإلتلاف والواجب فيه الخروج عن عهده الخساره.

وهذا جواب الوجه الأوّل.

وأما الثاني ففيه: إنه قد اشتغلت الذمه بالمثل على وجه الطريقيه لأداء

ص: ٣٧١

الخساره لا الموضوعيّه، وإذا سقط عن الماليه لم يتحقق بدفعه تدارك الخساره، إذ لا يتدارك المال إلّا بالمال.

وقياس ما نحن فيه بصوره نزول قيمه أو صعودها، في غير محلّه كذلك، لأنّ التدارك في هذه الصّوره حاصلٌ لماليه المثل، بخلاف مسألتنا حيث لا ماليه للمثل أصلاً.

وأما الصّيّحيه، فالمراد من «السقوط» فيها هو الخروج عن الرّواج في السّوق، لأنّ الدراهم لا تسقط عن الماليّه، فسقط الاستدلال بها للمقام.

على أنّ الموضوع في الصّيّحيه هو القرض، ولا- ريب في وجوب إرجاع الشّيء المقترض إذا كان باقياً، سواءً نقصت قيمته أو زادت، ولذا يمكن القول بأنّه لو اقترض ماءً جاز له أدائه على شاطئ البحر، لكنّ الكلام هنا في الضمان وتدارك الخساره، فإنّه لا يحصل بما لا ماليّه له.

وبما ذكرنا يظهر أنّ لا مجال للشكّ، نعم، لو وصلت النوبه إليه لكان المحكّم هو الاستصحاب كما ذكر.

هذا كلّه في أصل المسأله.

قال الشيخ:

والمصرّح به في محكّي التذكره والإيضاح والدروس: قيمه المثل في تلك المفازه، ويحتمل آخر مكان أو زمان سقوط المثل عن الماليّه.

أقول:

إنّ كان الضّمان هو ضمان العين وأنّ الواجب هو الخروج، عن العهده

ص: ٣٧٢

بالنسبه إليها كما هو المختار، وجب دفع قيمه المثل في المغازه إذا أتلّف الماء فيها، وقيمه الجمد إذا أتلّفه في الصّيف. وإن كان المثل في الذمه كما عليه المشهور، فالمتعين هو آخر مكانٍ أو زمان سقط المثل فيه عن المائيه، والله العالم.

ص: ٣٧٣

قال الشيخ:

لو دفع القيمة في المثلي المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل في ذمته... هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمه بالإعواز. وأما على القول بسقوطه وانقلابه قيمياً... .

أقول:

ملخص كلامه: إن لإعطاء القيمة أنحاء:

تارة: المثل باق على الذمه، فلا انقلاب إلى القيمة مطلقاً.

واخرى: انقلاب العين التالفه إلى قيمته.

وثالثة: انقلاب المثل المتعذر إلى قيمته.

أمّا على الأوّل، حيث أنّ المثل باق على الذمه إلى حين المطالبة أو الأداء، غير أنّ المالك لا- يصبر ويرضى بالقيمة، فتقع المعاوضة قهراً بين المثل والقيمة، وإذا تحققت المعاوضة سقط المثل عن الذمه وإلّا يلزم الجمع بين البديل والمبدل، وإذا سقط فلا يعود.

وأما على الثاني، فأولى بالسقوط، لأن المدفوع نفس ما في الذمه.

وأما على الثالث، فيحتمل وجوب المثل عند وجوده، لأنّ القيمة المدفوعة بدل الحيلولة عن المثل، وسيأتي أن حكمه عود البديل عند انتفاء الحيلولة.

لكنّ المهمّ هو نصوص الضّمان، وقد قلنا أنّها منزّلة على المتفاهم العرفي، وأهل العرف يفهمون من الضّمان وجوب التّدارك، فإنّ كان المثل متمكّناً منه عادةً فهو، وإلّا فالقيمه، قيمه العين التالفه في زمن التلف، وعليه، فإذا دفع القيمه كذلك حصل التّدارك وخرج عن العهده، وكذا لو رضى المالك بالقيمه مع عدم تعذّر المثل.

ويبقى الكلام في النحو الثالث، فنقول:

إنّ «الضمان» يتحقّق بالأطراف الأربعة: العين المضمونه، والضّامن، والمضمون له، وما به يتدارك الضمان، وبدل الحيلوله بدلّ عن العين المضمونه، إذ به يتدارك سلطنه المالك على ملكه، وفيما نحن فيه بناءً على كون المثل في الذمّه، وأنّه بتعذّره ينزل منزله التلف يصير قيمياً - نقول: إن المثل هو ما به يتدارك الضمان، وليس هو المضمون، وحينئذٍ لا معنى لبدل الحيلوله.

فظهر أنّ الحقّ في جميع الصّور عدم عود المثل إلى الذمّه.

ص: ٣٧٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

